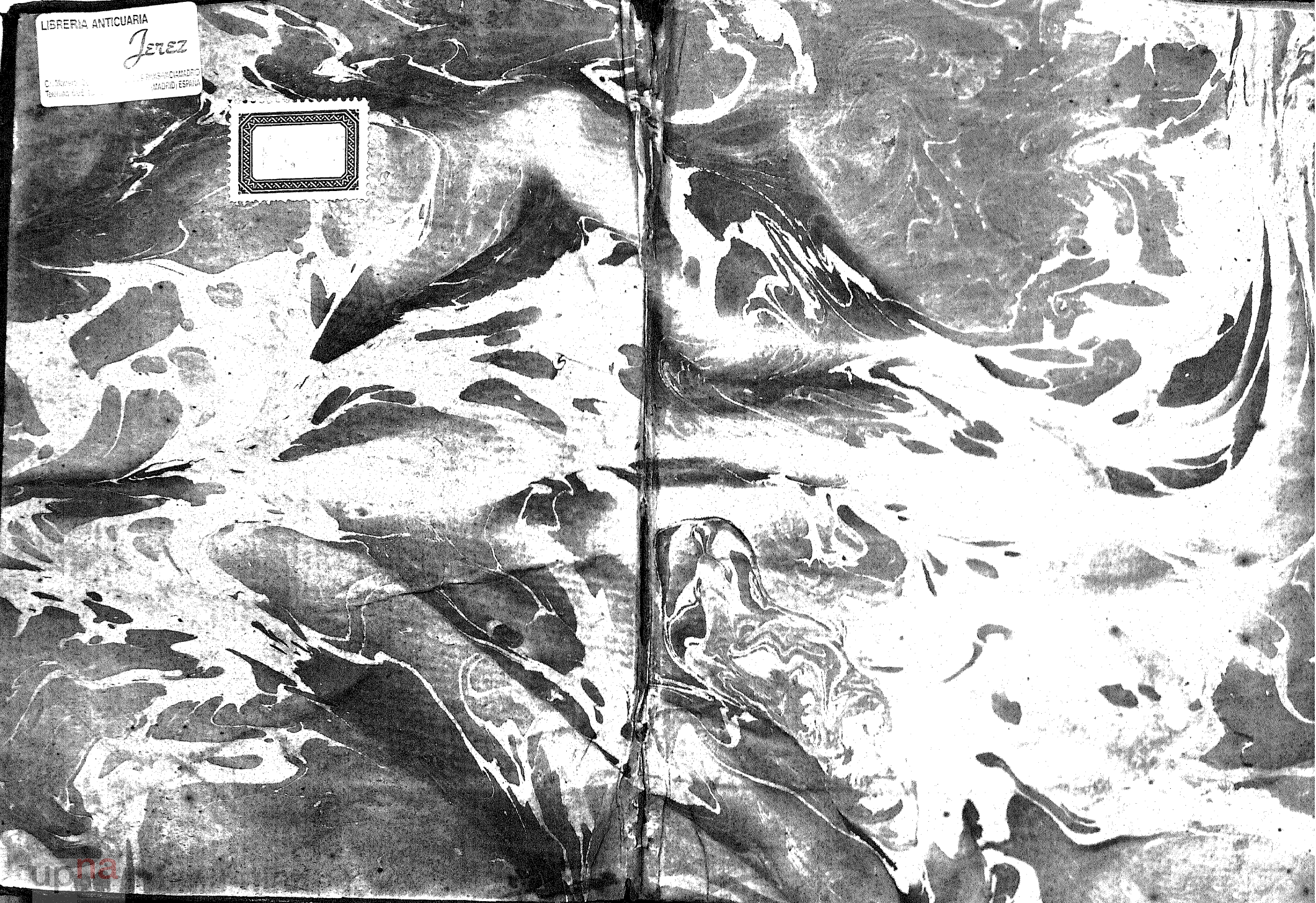


LIBRERIA ANTICUARIA

Jerez

C/ Muro de 11
Teléfono 100 11

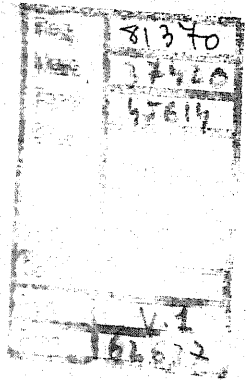
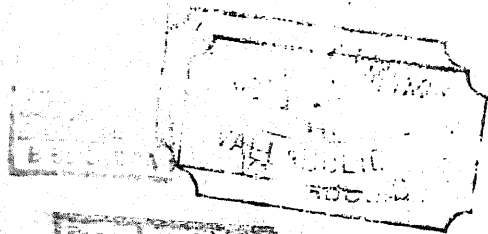
28001 MADRID
MADRID (ESPAÑA)



Felix Hernandez Sudea em

Lany Ho

7-8

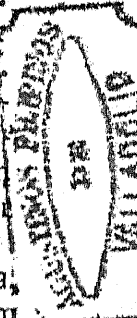


PRÆFATIO.

QUI Hispanam Jurisprudentiam vel è vestibulo illustraverit, nullo negotio animadvertet, maximam potioreque ejus partem in septem Partitarum Codice contineri: quia præterquam quod eo fine institutus fuit atque ordinatus, ut integrum juris nostri corpus esset; in eo elaborando & perficiendo tempus & studium, quod in ipsius præfatione legimus, impensum est. Hunc celeberrimum Partitarum Codicem, totum pene ex Romanorum jure fuisse confectum, ipsæ ejus leges demonstrant: eoque respiciens clarissimus earundem Glossator Gregorius Lopez, dixit in *gloss. 10. leg. 10. tit. 5. Part. 6.* non esse de earum intentione corrigere Romanorum jura quando id non expriment: imo debere per illa suppleri, intelligi, & limitari. Si verum itaque amamus, Jurisprudentiam Hispanam super Romanam fuisse ædificatam; agnoscamus libenter.

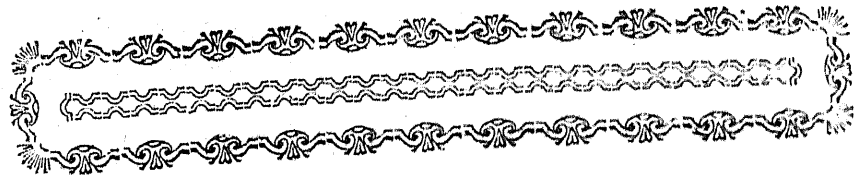
Neque hæc juris nostri cum Romano harmonia, nostro dedecora: tum quia illius æquitas omnium fere populorum usu probata est: tum etiam quia in Romanis legibus vix ullam particulam ex iis quæ ad jus gentium spectant, desiderabis, quæ non sit apposite elegantissimeque proposita atque fulcita. Negari tamen haud potest, illas inutilibus subtilitatibus & scrupulositatibus in plerisque argumentis involvi atque implicari, etiam postquam Justinianus eas his sordibus purgare maximopere studuit.

Cum hæc ita sint, adduci non possum ut credam, probandam eorum sententiam, qui studium nostræ Jurisprudentiæ ab studio Romanæ penitus sejungendum existimant: maxime cum hæc regulas sententiasque habeat uberiores, quas in Hispania, dum



dum lege deficiamur, propter æquitatem quam continent, servamus. Sic itaque Jurisprudentiæ studium Hispanis Adolescentibus proponendum putamus, ut prius & tanquam fundamentum Institutiones Justinianæ tradantur illustratæ brevi atque acuto commentario, nugis & superfluitatibus nudato, interjectis Hispanis legibus singulas sententias probantibus, quæ utique plurimæ sunt; adjunctisque in calce, ubicunque opus fuerit, constitutionibus illis, quas præter vel contra Romanas, statutas habemus.

Huic methodo viam sternere in nostro *Vinnio castigato*, sumus conati, parce tamen quoad primum attinet; plura ea tempestate non ausi. Cæterum cum nobis innotuerit, illum benignissimo hospitio plurimas celebrioresque nostræ Hispaniæ Academiæ suscepisse; id nostrum erexit animum, ut eandem prosequentes viam, ita commentarium Institutionum Justiniani (Vinnianum leviter alicubi variatum adoptavimus) denudaremus Romanorum scrupulis & subtilitatibus, atque aliis quæ Jurisprudentiam Hispanam turbant potius quam ornant, ut illam nostris legibus sociando, solidæ utilitæque evadant Romano-Hispanæ Institutiones ea qua decet expeditque brevitate. Velit Deus Optimus Maximus ut nostrum desiderium exitum faciat felicem.



INSTITUTIONUM ROMANO-HISPANARUM LIBER I.

PRŒMIUM.

IN NOMINE DOMINI
NOSTRI JESU-CHRISTI.

IMPERATOR CÆSAR FLAVIUS JUSTINIANUS, ALEMANICUS, GOTHICUS, FRANCIGUS, GERMANICUS, ANTICUS, ALANICUS, VANDALICUS, AFRICANUS, PIUS, FELIX, INCLYTUS, VICTOR AC TRIUMPHATOR, SEMPER AUGUSTUS, cupidæ legum juventuti S.

calumniantium iniquitates expellat, & fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator (magnificus).

De bellis & legibus Justiniani.

I. Quorum utramque viam cum summis vigiliis, summaque providentiâ, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sutores nostros Barbaricæ gentes sub juga nostra rectissime cognoscunt, & tam Africa, quam aliæ innumere Provinciæ post tanta temporum spatia, nostris victoriis a caelesti Numine præstitis, iterum ditioni Romanæ, nostroque adulate imperio, protestantur. Omnes vero populi legibus tam a nobis promulgatis, quam compositis reguntur.

De usu Armorum & Legum.

Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus, & bellorum & pacis recte possit gubernari: & Princeps Romanus non solum in hostilibus præliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites

De compositione Codicis & Pandectarum.

2. Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas in luculentam ereximus. consonantiam. tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris prudentiæ volumina, & opus desperatum, quasi per medium profundum euntes, cœlesti favore jam adimplevimus.

De tempore, Auctoribus, fine, & utilitate compositionis Institutionum.

3. Cumque hoc, Deo propitio, peractum est: Triboniano viro magnifico, Magistro, & Exquæstore sacri palatii nostri, & Exconsule, necnon Theophilo, & Dorotheo viris illustribus & Antecessoribus (quorum omnium solertiam, & legum scientiam, & circa nostras jussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus.) convocatis, mandavimus specialiter, ut ipsi nostra auctoritate, nostrisque suasionibus Institutiones componerent: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab Imperiali splendore appetere: & tam aures, quam animi vestri, nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones Imperatorias legerent, hoc vos a primordio ingrediamini digni tanto honore, tantaque reperti felicitate,

ut & initium vobis & finis legum eruditionis a voce principali procedat.

Divisio Institutionum.

4. Igitur post libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum, in quibus omne jus antiquum collectum est, quod per eundem virum excelsum Tribonianum, necnon cæteros viros illustres, & sanctissimos confecimus; in quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitime scientiæ prima elementa.

Quid in Institutionibus contineatur.

5. In quibus breviter expositum est, & quod antea obtinebat, & quod postea desuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum est.

Ex quibus libris compositæ sint Institutiones, atque earum recognitio, & confirmatio.

6. Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, & præcipue ex commentariis Caji nostri, tam Institutionum, quam rerum quotidianarum, aliisque multis commentariis compositas, cum tres viri prudentes prædidi nobis obtulerunt, & legimus, & recognovimus, & plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.

Adhortatio ad studium juris.

7. Summa itaque ope, & alacri studio has leges nostras accipite: & vos metipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam nostram Rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari. D. CP. XI. Kalend. Decemb. D. JUSTINIANO PP. A. III. CONS.

COMMENTARIUS.

Quia pro pleniori hujus proœmii illustratione, opus est ut omnes juris Justiniani partes tyronibus in ipso vestibulo innotescant, en earum summam: Institutionum libri quatuor: Pandectarum sive Digestorum libri quinquaginta: Codicis repetitæ prælectionis libri duodecim: Novellæ 168. quarum Novellæ 140. Justiniani, & Novellæ 163. & 164. Tiberii II. & denique edita tredecim.

2. Ex his juris partibus Institutiones ab instituendo ita dictæ, quod sint totius legitime scientiæ prima elementa, §. 4. sup. licet confirmatæ sint uno fere mense ante confirmationem Pandectarum, id est, XI. Kal. Decemb. (21. Novembris) ann. 533. Justiniano perpetuo Augusto tertium Consule, §. ult. sup. tamen his duabus juris partibus legis robur & auctoritas eodem die accessit, videlicet III. Kalend. Januar. (30. Decemb.) ejusdem anni 533. l. 2. §. 23. C. de veter. jur. enucl. Præ-

cipue ex commentariis Caji sunt compositæ, quem Justinianus idcirco Cajam suum appellat §. 6. supra.

3. Pandectæ, quæ etiam Digesta dicuntur, præfat. de confirmat. Digest. ad mag. Senat. §. 1. ubi & horum nominum ratio, confirmatæ sunt XVII. Kalend. Januar. (16. Decembris) ann. 533. ut patet ex utraque præfat. de confirmat. Digest. ad Senat. & omn. pop. & ad mag. Sen. in fine. Voluit Justinianus, ut Digesta in septem tribuerentur partes, quarum 1. quatuor priores libros comprehenderet: 2. sequentes septem: 3. octo: 4. totidem octo: 5. novem: 6. octo: 7. denique reliquos sex, quibus quinquagenarius numerus absolvitur, ut videre licet in utraque laudat. præfat. §. 2. & seqq. Vulgo Digesta in tres partes dividunt. Primam, quam Digestum vetus appellant, a libro primo ad titulum tertium vicesimi quarti extendunt: secundam ab eodem titulo ad librum tricesimum nonum, Infortiatum dicunt: & tertiam demum Digestum novum nominant. Cæterum, ut recte notat Andreas Alciatus in proœmio lib. 1. disputation. hæc partitio commentitia est, nulla probabilis ratione subnixâ, ut proinde frustra se crucient, qui disputant, cur secundum Digesti volumen Infortiatum dicatur; quasi non barbara hæc vox sit, ab inde & aliquo litteratore primum facta, quem deinde alii æque indociles sunt secuti. Nec alia fuisse videtur hujus divisionis inducendæ causa, quam cum quinquaginta librorum moles in

in aliquod justum volumen facile consui non posset, in tria fuerit ob commoditatem intercisâ.

4 Continentem autem Pandectæ totum fere jus antiquum ex veterum Prudentum commentariis maxime collectum, adeoque magnam optimarum & utilissimarum rerum copiam; tantaque est hujus operis dignitas & præstantia, ut ipsi Laurentio Vallæ censori acerrimo non inelegans extorsit elogium *lib. 3. eleg. in præfat.*

5 Huic autem immortalis operi conficiendo destinatus fuit Tribonianus, potestate accepta eligendi quos putaverit ad sociandum laborem, tam ex facundissimis Antecessoribus, quam ex disertissimis Togatis, *præfat. de concept. Dig. §. 3.* & omnia prout ipsi visum fuerit reformandi, ut illud verum esset & optimum, quod *ibi* positum ostenderetur, insuper habito, an apud antiquos aliter inveniretur scriptum, *d. præfat. §. 7.* Itaque his Justiniani jussionibus Tribonianus obtemperans, sexdecim adscitis sociis, qui in *præf. de confirm. Dig. ad Sen. & omn. pop. §. 9.* laudantur, triennio absolvit opus, cui vix decennium sufficeret videretur, *d. præf. §. 12.*

6 *Codicem repetitâ prælectionis*, quo hodie utimur, ordinandum commisit Justinianus eidem Triboniano, una cum Dorotheo, Menna, Constantino, & Joanne. Promulgatus ipse fuit *XVI. Kalend. Decembr. (16. Novembr.) ann. 534.* ita tamen, ut ex *die IV. Kalend. Januar. (29. Decembr.)* frequentaretur. Hoc Codice emendatus abrogatusque fuit prior ille

Justinianæ dictus, de quo *supr. §. 2.* Patent hæc omnia ex *præfat. C. de emendat. Cod.*

7 His tribus juris partibus perfectis, quia natura quotidie novas depererat edere formas, *præfat. de confirm. Dig. ad Sen. & omn. pop. §. 18.* ipse Imperator postmodum variis temporibus novas constitutiones promulgavit, quas *Novellarum* nomine significandas prædixit in *præfat. C. de emend. Cod. §. 4.* quasi novæ leges sint jus novissimum continentis.

8 Quo tamen tempore omnes hæc Novellæ numero, ut *supra* diximus, 168. in unum volumen collectæ sint; parum constat. Sane Justinianus ipse quasdam in eum finem collegisse videtur, *Novell. 66. cap. 1. §. 2.* quò vero pervenerit prorsus incertum.

9 Integrum hoc *Novellarum* volumen in novem collationes, hæcque in titulos vulgo dividunt, appellantque *authenticas*, uti & volumen ipsum *authenticum*, ad differentiam cujusdam *Novellarum* epitomes a Juliano Antecessore Constantinopolitano factæ.

10 Diversæ ab his collationibus authenticis sunt authenticæ illæ, quæ legibus Codicis subjectæ cernuntur, ut constet quid per *Novellas* mutatum vel abrogatum sit. Hæc namque nihil aliud sunt, quam breves sententiæ ex collationibus authenticis, unde nomen sumpserunt, *decerptæ*, privata quidem auctoritate. Unde duntaxat fidem merentur quatenus cum *Novellis*, e quibus desumptæ sunt, concordant. Quis autem eas *decerpt*erit, legibusque Codicis sub-

jecerit, non constat. Voluere sane plerique Irnerium seu Wernerum, qui sæculo 13. vixit, & jura primus Bononiæ docuit, earum fuisse auctorem, vel saltem illas legibus Codicis subjecisse. Sed hõs falli manifestum est ex eo quod *authent. Presbytero C. de Episc. & Cleric.* a Gregorio I. Pontifice, qui vixit sub finem sæculi 6. & *authent. Idem prædium C. de sacros. Eccl.* a Burchardo, qui sæculo 11. scripsit, sunt allegatæ, *Westenberg. in prolegom. de compos. & part. jur. Justin. n. 71.* qui *n. seq.* recte notat quasdam etiam *authenticas* Friderici I. & II. Impp. eodem modo Codicis legibus subijci, ut *auth. Casa de sacrosanct. Eccl. authent.* Item nulla *de Episc. & Cleric.* aliæque, quas laudat; quæ omnes Imperatoris nomen inscriptum habent, ne cum cæteris ex *Novellis* Justiniani *decerptis* confundantur. *Bynkershoek in diatri. de Auctor. authent.* quasdam *authenticas* Irnerio tribuit, alias alteris, late de hoc argumento loquens.

11 *Edicta* denique Justiniani tredecim variis similiter temporibus sunt promulgata, & ultimam juris Justinianei partem constituunt.

12 Harum quinque juris partium auctoritas eadem est ab eodem Justiniano Imperatore ipsis concessa. Quare si aliqua occurrat contrarietas, servanda est regula tradita in *l. ult. de const. Princip.* prioribus nimirum constitutiones posterioribus cedere. Cedent igitur Institutiones & Pandectæ Codici, & hic *Novellis* ac *Edictis.*

13, Hæc, pro Romanorum juris historia atque notitia ei operam daturis necessaria, prælibas, se sufficiat, ne illotis manibus accedant. Quia vero nobis est in animo cum Romano jure nostrum Hispanum conferre, ut ita adolescentibus summam Romani prudentiam eruditionemque non aspernati, possint e Scholis prodeuntes etiam Hispano sese eruditos ostendere, magno Reipublicæ deore & emolumento, operæ quoque pretium duximus Hispani juris partes, atque progressus brevi calamo recensere.

14, Juris itaque Hispani plures pro temporum varietate prodierunt Codices. Horum primus sæculo 7. promulgatus fuit *Forum sine Liber Judicium*, & in vernaculum versus, *Fuero Juzgo*. Continent duodecim libros divisos in titulos, qui iterum in leges dividuntur.

15, Deinde duo alii Codices sunt editi, quorum unus *Fuero viejo de Castilla*: alter *Fuero Real*, *Libro de los Consejos de Castilla*, vel aliter *Fuero de las Leyes*, frequentiusque *Fuero Real*, dicuntur. Horum historiam, atque accuratam notitiam plena tradiderunt manu DD. Ignatius Jordan de Asso, & Michaël de Marnel in *vestibulo suarum Institutionum*, & in *discursu*, quem præposuerunt editioni ipsius *Fori* veteris ab eisdem nuper factæ, secundum ultimam illius compilationem jussu Petri Regis ordinatam, tam sæculo 14. in *cujus præfatione*, ne utriusque hujus *fori* sit mentio, &

& quomodo in obligandi vi sibi, invicem successerint. Et cum leges Fori Regii nonnullas viderentur declarationes desiderare, huic medeudo incommodo latae sunt *Leges styli* numero 252. ut earum titulus ostendit. Forum vetus laudate editionis quinque constat libris divisus in titulos: Forum vero Regium quatuor libros continet, qui in titulos, & hi in leges sunt divisi.

16, Insuper sæculo 13. labente, ordinatus fuit celeberrimus *Partitarum Codex* continens septem partes seu *Partitas*, quæ in titulos subdivisus in leges dividuntur, cui perficiendo septem annos & amplius laboratum est, *proœm. ejusd. Cod.* Est autem Codex iste velut Digestum seu Pandectæ juris Hispani; & quamvis medio sæculo 13. compositus jussu Ildephonsi X. alias IX. ejus tamen promulgatio æra demum 1386. id est, anno 1348. contigit, *l. r. tit. 28. Ordinamenti Complutensis*, quæ transcripta est in *l. 3. tit. 1. lib. 2. Recop.* illam eoque protrahentibus bellicis confusionibus, aliisque curis, quibus ea tempestate jactabatur Hispania. Licet autem illis temporibus etiam alii Codices in Hispania prodierunt; quia tamen non ita generales fuere, eos huic præfationi inserere non putavimus. De illis copiose tractant laudati Jordan & de Manuel *ubi supra.*

17, Ultimus tandem Hispani juris Codex est ille famigeratus, qui *Nova Recopilatio* dicitur, novem constans libris divisus in ti-

tulos partitos in leges. Hic jubente Philippo II. compilatus, ejusdem jussu promulgatus est anno 1567. & postea pluries recusus, legibus denuo latis auctus, uti etiam plurimis senatusconsultis uno contentis volumine, de quibus agemus in §. 5. *de jur. nat. gent. & civ.* In hoc Codice inter alias collectæ sunt per celebres 83. leges, quæ a civitate Tauri, in qua anno 1505. fuerunt conditæ, *Leges Tauri* nuncupantur.

18, Quia vero natura, quæ Justiniani temporibus novas quotidie formas deproperabat edere, easdem vires conditionemque omni tempore, & ubique habet; in causa est, ut sicut Justinianus post juris Romani laboriosam & accuratam compilationem ordinationemque, *Novellas* seu novas leges sancire necesse habuit; ita in Hispania novæ leges desiderentur & prodeant necessitatibus, quæ de novo emergunt, accommodatæ.

19, Ordo autem in observatione legum servandus traditur in *d. l. 3. tit. 1. lib. 2. Recop.* Primo, servandæ sunt leges, quæ in libris Recopilationis continentur, & quæ constitutæ sint postea, servata regula, ut recentiores potiores sint, quando inter se fuerint contrariæ, *l. 8. cum seq. eod.* Frustra autem objicietur his legibus quod non sint in usu nec custodiantur. Secundo, leges Fororum, tam Fori legum, quam Fororum municipalium cujusque civitatis, dum tamen in usu sint. Et demum, *Partitarum leges*, quamvis non sint in usu neque

, cu-

custodiantur, ut de legibus Recopilationis dictum est. Si de legum interpretatione seu declaratione oriatur dubitatio aliqua, Rex adeundus est. Late hæc omnia traduntur *d. l. 3.*

TITULUS PRIMUS. DE JUSTITIA ET JURE.

Concord. Dig. Lib. 1. Tit. 1. (1)

I **D**uo in omni jure constituto insunt: jus ipsum seu lex, quæ jubet & constituit; & res quæ eo jure jubetur & constituitur: ac proinde universi juris tractatio duabus partibus continetur, quarum una est de jure constituyente sive de legibus qua naturalibus qua civilibus; altera de jure constituto sive de eo, quod legibus sancitum cautumque est. Et quia prima naturæ quæstio est de jure constituyente, de eo etiam primo loco veteres tractaverunt: quod non modo in his Institutionum libris, sed etiam in Pandectis animadvertere licet. Nam prima quæstio proponitur atque absolvitur quatuor libris in vestibulo sive ingressu Pandectarum: reliquo opere agitur de jure constituto. Idem & in Institutionibus observatum est: siquidem duo priores tituli hujus libri primam quæstionem continent: reliqua parte operis altera quæstio, quæ multo latius patet, tractatur, initio facto a discretionem materiam sive subjecti hujus scientiæ: quæ divisio in hac quæstione omnium prima est & generalissima. Inscri-

bitur hic titulus *de justitia & jure.*

2 Aristoteli & plerisque moralis Philosophiæ professoribus justitia duplex est, universalis & particularis. Universalis in se comprehendit etiam aliarum omnium virtutum officia, peculiari tamen cum respectu, quatenus nimirum illa necessaria sunt, aut conducunt ad conservationem & perfectionem civilis societatis, ut ne quid admittatur contra rationem aut honestatem, quod non admitti vel publice, vel privatim intersit. Hæc eadem justitia & legalis dicitur, propterea quod non minus late pateat, quam ipsæ leges, quæ etiam sunt regula & norma hujus justitiæ: unde a Cicerone *lib. 1. de legib. cap. 15.* definitur: *Obtemperatio scriptis legibus & institutis populorum*, & ab Aristotele *lib. 5. Eth. 1. Obedientia erga omnes leges.* In summa hæc justitia a virtute in genere non differt essentialiter, sed hactenus tantum, quod quando consideratur ut habitus animi, dicatur virtus simpliciter, quando ut civilis societatis conservatrix, justitia, auctore Michaële

Eph-

Ephesio ad *dist. loc. Aristotelis*. Vitium huic legali justitiæ oppositum dicitur *transgressio legis*.

3 Particularis justitia vel distributiva est, vel commutativa. Distributiva respicit quod quisque meretur, quodque cuique convenit, sive id præmium sit, sive pœna, sive honor, sive onus. Commutativa suum cujusque proprie sumptum spectat. Illud autem perpetuum non est, quod plerique tradiderunt, a justitia commutativa respici proportionem simplicem, quam arithmetica vocant; a distributiva comparatam, quam geometricam appellant, quæ Mathematicis, & revera sola proportio est: neque enim per se justitia commutativa a distributiva differt ali proportionum usu, sed objecto & materia circa quam versatur. Nam & contractus societatis spectans ad justitiam commutativam expletur proportione comparata; & si unus tantum inveniatur aptus ad munus publicum obeundum, non alia quam simplici commensione, ex justitia tamen distributiva præficiendus est. Vitium particulari justitiæ oppositum *injuria* appellatur.

4 Disciplina civilis non dirigit internas animi functiones, & potissimum versatur circa justitiam particularem in ejus juris obedientiam animos formans, cujus executio in judiciis urgetur. Negari tamen non potest, quin interim quoque spectet justitiam universalem, quæ omnium virtutum officia complectitur. Docet enim juste vivendum esse secundum omnes leges; ipsaque adeo juris præcepta omnem

speciem virtutis & honestatis continent, certe quatenus eo spectant, ut juste vivatur, & civium inter se honesta sit societas, quod hic quærimus. Et vero si legibus, & legum latoribus proposita est universa virtus, ut sane est, cum beatitudo civilis sit universarum legum summa, teste Platone 5. *de legib.* etiam legum scientiæ, & consultiis eadem proposita erit; neque enim minus late patet officium Jurisconsulti in legibus interpretandis, quam Legislatoris in sancientis: totoque falluntur iudicio, qui officium Jurisconsulti cancellis forensium causarum circumscribunt. Utique illa: *Hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito: Rogum ascia ne polito: Mulieres genas ne radunto, neve lessum funeris ergo habento*, & similia lege XII. Tab. cauta nullo modo ad justitiam particularem referri possunt. Quod si quid in hujusmodi quæstione valere debet auctoritas Principis, ipse Justinianus *Nov. 69. in pr.* diserte ait: Justitiam illam, quæ singulis virtutibus assistit, easque ad debitum finem perducit, etiam finem esse legum prudentiæ.

5 Juris vocabulum varix significationis est: propria significatio una, minus propriæ plures. Proprie jus dicitur: *Naturæ, aut populæ, ejusve, qui vicem populæ sustinet, jussum*. Arguit id etymon ipsius vocabuli, quod a jubendo dictum esse vel ex eo liquet, quod veteres, auctore Festo, jura dixerunt *jussa*. In hac autem significatione passim usurpatur, veluti cum dicimus: *Jure quid fieri: Juris rationem non pati: Contra jus*

esse; sic dicitur *jus naturale, civile, prætorium*. hic pro juris arte accipiendum.

6 Cæteræ significationes minus propriæ; ut primo cum jus accipitur pro eo, quod jure continetur & cuique tribuitur. Idque vel generatim & indefinite, ut in hisce formulis aut id genus aliis, cum dicimus: *Jus suum cuique tribuere: Nemini mortalium jus suum detrahi oportere*; eodemque modo

haud dubie accipi debet, cum dicimus: *Jura sanguinis, agnationis, naturalia, & adoptionis jura*; nempe pro beneficiis sanguinali, agnationi, naturæ, adoptioni jure tributis. Vel specialiter pro facultate & potestate jure tributa, quod fit quoties verbis faciendi jus adjungitur, ut in definitionibus itineris, actus, viæ, usufructus, actionis, in quibus omnibus metonymia est continentis pro contento. Secundo cum jus accipitur pro juris arte per eandem figuram, converso modo, ut in *l. 1. pr. hoc tit.* Tertio cum accipitur pro loco, in quo jus redditur, ut cum dicimus: *In jus vocare: In jure confessos pro judicatis haberi*: in quo idem fere tropus est adjuncti pro subjecto, *l. pen. eod.* Quod si nunc quærat, qua in significatione jus *hoc loco* accipi debeat, propriam an figuratam, constanter respondebimus, in propria. Arguit hoc ipsa materia, quæ & in *hoc, & in seq. titulo* tractatur. Arguunt definitiones & divisiones, quæ utroque titulo, & in *Pand. eodem* traduntur; ut mirum sit inveniri, qui serio contendunt, jus

Tom. I.

(1) L. 1. tit. 1. P. 3.

(2) D. l. 1. eod. per tot. l. 2.

TEXTUS.

Definitio justitiæ.

Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi (1).

COMMENTARIUS.

I *Voluntas*] Generis loco ponitur, non voluntas simpliciter ut potentia naturalis est, quo sensu justitiæ non convenit, utpote qualitati adventitiæ & acquisitiæ: sed, *voluntas constans & perpetua*, quibus verbis habitus animi significatur: habitus autem omnes acquisiti sunt, ut docent Philosophi, si infusus excipias, de quibus Theologi.

2 *Jus suum cuique tribuendi*] Hæc verba differentiam constituunt, & objectum, finemque justitiæ demonstrant. Objectum enim justitiæ est jus cujusque suum: finis, ut id quisque obtineat, hoc est, ut cuique quod ei debetur, tribuatur (2). Auctor hujus definitionis est Ulpianus in *l. 10. hoc tit.*

TEXTUS.

Definitio jurisprudentiæ.

I. *Jurisprudentia est divinarum, atque humanarum rerum notitia, justæ, atque injustæ scientia.*

B

in fin. tit. 27. P. 2. versio. Ca. la Justitia.

1 *Jurisprudencia*] Hoc nomen conflatum est ex duobus *Juris*, *Prudentia*. Et licet disciplinæ nostræ convenient etiam hæc alia nomina *Juris ars*, *scientia*, *sapientia*, *intelligentia*, hisque promiscue utantur non tantum Jurisconsulti, sed etiam qui populariter loquuntur; fatendum tamen est, proprius ipsi tribui nomen *Prudentia*, cum prudentia sit pars Philosophiæ practicæ, cujus habitus est disciplina nostra, quæ idcirco *Jurisprudencia* frequentius appellatur. Auctor hujus definitionis Ulpianus in *l. 10. §. 2. hoc tit.*

2 In hac definitione genus est *notitia* aut *scientia*, quæ duo idem significant. Differentia petitur ab objecto, ejusque considerandi modo. Objectum sunt res divinæ, & humanæ, de quibus *jurisprudencia* tractat; agit enim de jure privato, ac publico, & publici pars est divinum, *l. 1. §. 2. hoc tit. (1)*. Modum considerandi denotant verba *justi, atque injusti*, nempe hæc tenus res divinas & humanas esse objectum hujus scientiæ, quatenus ipsa cum de jure earum quæritur, quid justum aut injustum sit, docet. Finis est, ut id tantum, quod justum & æquum est fiat (2), quo respexit Celsus, dum in *d. l. 1. in pr.* *jurisprudenciam* definivit: *Arts æqui & boni*, eam describens ab officio profitentis seu exercentis, cui semper ab injusto abstinendum est.

(1) *Arg. l. 2. & 4. tit. 2. P. 2.*
(2) *L. 2. tit. 1. P. 3.*

De juris methodo.

2. *His igitur generaliter cognitis, & incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita videndum posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione, singula tradantur: alioqui, si statim ab initio rudem adhuc & infirmum animum studiosi multitudinis, ac varietate rerum oneraverimus; duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, sæpe etiam cum diffidentia (quæ plerumque juvenes avertit.) serius ad id perducemus, ad quod leviori via ductus sine magno labore, & sine ulla diffidentia maturius perducere potuisset.*

COMMENTARIUS.

1 *Hoc textu* duntaxat docemur, primo levi & simplici via, & postmodum exactissima & difficiliore interpretatione procedendum esse, ne ab initio infirmi studiosorum animi terreantur.

TEXTUS.

Juris præcepta.

3. *Juris præcepta sunt: Honestè vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere (3).*

(3) *L. 3. tit. 1. P. 3.*

COM-

1 *Præceptorum nomine hic* & apud Ulpian. in *l. 10. §. 1. hoc tit.* intelligimus quædam dictata & præscripta illius juris communis, quod semper justum & æquum est: sive notiones quasdam ab ipsa natura absque ullo artis adminiculo insitas, & animis mentibusque nostris quasi consignatas & insculptas. Et primum quidem, quo vitæ honestas præcipitur, ad nosmetipsos dirigitur, eoque ventantur facta omnia, quæ lædunt pietatem, verecundiam, existimationem nostram, & generaliter, quæ pugnant cum legibus, bonis moribus, & publica honestate: in tantum ut nonnunquam etiam ab iis abstinendum sit propter honestatem, quæ legibus civilibus permessa, aut non expresse prohibita sunt; propterea quod leges civiles in his invitæ connivent & dissimulant, ne majoris mali præbeatur occasio. Quæ ita permittuntur non evadunt honesta, sed solum licita, juxta phrasim civilem, id est, impunita, hocque est quod traditur in *l. 144. de diver. reg. jur.* Non omne quod licet honestum est; eodemque sensu dixit Cicerone pro *Balbo c. 3.* esse aliquid quod non oporteat, etiamsi liceat. Non igitur simplex admonitio, sed validum juris præceptum traditur a Justiniano in *hoc textu.*

2 *Alterum non lædere*] Hoc secundum præceptum directo refertur ad alterius personam: ne scilicet alicujus vitam, incolumitatem, libertatem, existimationem

lædamus aut violemus. Tertium (*suum cuique tribuere*) ad res externas, ut ab alieno manus abstinemus, hoc est, res alienas non attrectemus aut minuamus, sed patiamur unumquemque rebus suis uti, & reddamus quod alienum apud nos est. Plus justo religiosi sunt, qui nec plura esse juris præcepta contendunt, nec pauciora. Nam & uno ex his tribus universum justitiæ munus comprehendere potest, ut in definitione justitiæ in tertio præcepto duo priora comprehensa sunt: & possunt etiam quædam justitiæ munera aliis præceptis seu verbis specialius & evidentius exprimi, ut: *Deum colere. Parentes revereri. Pacta servare, &c.* Non est igitur de numero præceptorum maxime laborandum, cum sint plura vel pauciora, si strictius, vel latius accipiuntur.

TEXTUS.

De jure publico & privato.

4. *Hujus studii duæ sunt positiones: publicum, & privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartitum est: collectum enim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.*

COMMENTARIUS.

1 *Hujus studii duæ positiones*] Studium sumitur hic figurate pro jure cui studetur: nam

studium nullum est publicum, sed cujuslibet proprium & privatum. Verbum *Positiones* idem valet ac partes seu species. Dum ergo Justinianus dicit: *Hujus studii duæ sunt positiones*, jus dividit in duas species: *publicum*, & *privatum*. Est autem sumpta hæc divisio ab objecto & fine principali. Alii jus dividunt in *divinum*, *publicum*, & *privatum*. Sed hæc trimembris divisio in modo, & non in re a bimembri est diversa, cum jus divinum comprehendatur sub publico, tanquam hujus pars, ut *supra* §. 1. monuimus.

2 *Publicum jus est*] Juris publici nomen non uno modo accipitur. Id ne quem turbet sciendum est, jus publicum sæpe dici a forma, seu causa efficiente, auctoritate nempe, qua constitutum est. Hoc sensu (ut innumera exempla omittam) testamenti factio juris publici dicitur in *l. 3. qui testam. fac. pos.* nimirum, quia a lege est, seu publica legis auctoritate concessa: atque ita appellatur ad differentiam ejus juris, quod cuique privatim acquiritur ex conventionibus, quippe quæ parem cum legibus auctoritatem non habent, quod Papinianus sic expressit in *l. ult. de suis & leg. her. Privatorum cautiones legum auctoritate non censentur*. Et quod legitimus in *l. 38. de pact. & passim* alibi, jus publicum privatorum pactis infringi aut immutari non posse; nihil aliud significat, quam ex eo jure, quod publica auctoritate constitutum est, nihil posse privatorum pactationibus immutari. Sic nec testator ipse, nec alius priva-

tus efficere potest, ut in factione testamenti pauciores testes sufficiant, quam lex desiderat.

3 Interdum jus publicum accipitur pro eo jure, quod civium omnium ejusdem civitatis commune est, quia nempe publicum est usu, cuilibet e populo competens, ut in *l. 116. §. 1. de diversis regulis juris*, quo casu jus privatum ei oppositum intelligitur illud, quod certarum duntaxat personarum proprium est, noque nomine *privilegium* appellatur.

4 *Hoc autem loco* ab objecto & fine id solum jus publicum dicitur, quod ad utilitatem publicam, hoc est, totius populi, universim & conjunctim pertinet; non item ad singulos, nisi a secundo & per consequentiam. Nam quod publice utile est directo, id non potest non esse utile privatim a secundo: quemadmodum ex utilitate privatorum publicam quoque per consequentias æstimamus. Atque ita intelligitur, quod dicitur: *Publice interest suprema hominum judicia exitum habere*, aliaque id genus, a secundo scilicet, quia primaria utilitas privatorum est.

5 *Rei Romanæ*] De jure publico ita accepto ait Justinianus illud esse: *Quod ad statum rei Romanæ spectat*, id est, *Reipublicæ Romanæ*, ut in illo Virg. de Marcellio loquentis, *lib. 6. Æneid. v. 857.*

*Hic rem Romanam magno turbante tumultu
Sistet eques.*

Si vocem *Romanæ* detrahas, definitio erit generalis: sed *hic* adjecta ad differentiam aliarum civitatum, quæ

quæ cum Romana collatæ, privatorum loco erant, *l. 15. & seq. de verb. sign.* Vel potius, quia Justiniano tantum propositum fuit jus civitatis Romanæ tractare, uti & Ulpiano in *l. 1. §. 2. hoc tit.* unde hæc sumpta sunt. Hujus juris publici sunt, quæ pertinent ad religionis cultusque divini curam: ad pacis bellique ordinationem: ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum, tributorum imperandorum, monetarum eudendarum: ad delicta coërenda: judicia exercenda: Magistratusque creandos, per quos hæc expediuntur.

6 *Quod ad singulorum*] Jus privatum in hac divisione est, quod singulorum civium causa recte & principaliter comparatum est. Itaque hac ratione, utilitatis videlicet, privati juris sunt testamenti factio, aliaque similia, quæ auctoritate publica sunt.

7 *Tripartitum est*] Postquam Justinianus jus ab objecto dividit in publicum & privatum, insuper

habito jure publico (quia ejus tractatio difficilior ipsi fuit visa, quam ut tyronibus proponi debeat) de privato ait, tripartitum esse, collectumque ex *præceptis naturalibus, gentium, & civilibus*; quibus verbis aperte aliam juris divisionem nobis tradit, non ab objecto & fine, ut præcedens, sed a causa efficiente, quæque *titulo sequenti* late explicatur. Qui hanc ex ratione causæ efficientis divisionem bimembrem faciunt in jus naturale & positivum, non in re, sed in modo tantum a Justiniano disident, quia hi sub nomine *juris naturalis* comprehendunt ea duo membra, quæ Justinianus *naturale, & gentium* appellat: uti nec illi, qui jus partiuntur in commune omnium, & proprium a cujus civitatis, duo membra sub priori complectentes.

8. Sic in HISPANIA sub nomine *juris naturalis* significatur *gentium* in *l. 31. tit. 18. P. 6.* ut recte monet Greg. Lop. in *gl. 1. ejusd. l.*

TITULUS SECUNDUS.

DE JURE NATUR. GENTIUM, ET CIVILI (1).

TEXTUS.

De jure naturali.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium anima-

lium, quæ in cælo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris, atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia istius juris peritiam censerî (2).

(1) Tit. I. P. I.

(2) L. 2. tit. 1. P. 1. l. 2. tit. 19. P. 4.

COMMENTARIUS.

Animalia bruta tam certum est esse juris expertia, quam certum est esse expertia rationis. Nam inter quos jus est, inter eos & ratio, & æquum, & bonum, & justitia, & lex, & societas sit necesse est, Aristoteles 5. *Ethic.* 10. & ut ait Cicero *lib. 1. de offic. In equis, in leonibus justitiam non dicimus*, & alias etiam beatitudo caderet in bruta. Bene igitur Grot. *lib. 1. de jure belli & pac. c. 1. Proprie juris capax non est, nisi natura præceptis utens generalibus.* Neque nullus Jurisconsultorum tradidit jus aliquod in bruta cadere, præter unum Ulpianum, ex cujus institutionibus hæc descripsit Tribonianus, ut apparet ex *l. 1. §. 3. de just. & jur.* Quomodo ergo Ulpianum cum cæteris conciliamus? Simplicissima eorum sententia est, qui putant hoc ab Ulpiano figurate dici, propterea quod, pleraque ex iis quæ ad jus naturale spectant, bruta etiam faciant, idque cum similitudine quadam sensus & desiderii humani. Unde Aristoteles *lib. 9. de histor. animal. c. 7.* tales brutorum actus appellat: *Vitæ humane imitamenta.* Si proprie itaque loqui volumus, jus naturale nihil est aliud quam jus illud quod sub nomine juris gentium primævi exponimus in §. 1. *hoc tit.* ut hæc nomina jus naturale, & jus gentium primævi sint synonyma.

2 *Maris & famintæ conjun-*

(1) *D. l. 2. tit. 1. P. 1.*

(2) *Princ. tit. 19. P. 4. l. 2. eod.*

3] (1). Huc pertinet, quod in Lelio scribit Tullius: *Hoc apparatus, in bestiis volucris, agrestibus, natantibus, cicuribus, feris, primum ut se ipsæ diligant (id enim pariter cum omni animante nascitur), deinde ut requirant, atque appetant, ad quas se applicent ejusdem generis animantes: idque faciant cum desiderio, & cum quadam similitudine amoris humani.*

3 *Procreatio, educatio*] (2). Quemadmodum communis est animantium conjunctionis appetitus, ita quoque cura eorum, quæ procreata sunt, ait idem Tullius *1. de offic. c. 3.* Et vero ut ipse scribit *1. de finib. c. 19. Hæc inter se congruere non possent, ut procreari quidem natura vellet, diligere autem procreata non curaret.* Et id ipsum Justinianus docet in *l. 1. §. taceat, C. de rei ux. act.* iniquus: *Ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortatur.*

4 Nullius autem rei studium altius a natura insitum est omnibus animalibus, quam studium tuendi sui adversus vim illatam (3). *Hoc enim omni generi animantium a natura ante omnia tributum est,* scribit Cicero *1. de offic. cap. 4. ut se, vitam, corpusque tueatur, declinetque ea, quæ nocitura esse videantur.* Et quanquam vim vi repellere licet, observandum nobis est, ne in propulsatione injuriæ excedamus moderamen inculpatæ tutelæ. Tunc autem non excessisse intelligimur, cum aliter

(3) *D. l. 2. tit. 1. P. 1. l. 2. tit. 8. P. 7.*

periculum evitare non potuimus, *leg. 1. C. unde vi.* Hoc vero jus defensionis per se ac primario nascitur ex eo, quod natura quemque sibi commendat, non ex injustitia aut peccato alterius unde periculum est: & ideo si corpus vi impetatur cum præsentate periculo vitæ non aliter evitabili, licitum est inferentem periculum occidere, etiamsi ille peccato careat, puta quia insaniam, aut insomniis agitur. Videatur Gomez *var. resol. tom. 3. cap. 3. n. 20.* & ibi Ayllon & Grot. *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 1.*

TEXTUS.

Distinctio juris gentium & civilis a causa efficiente.

1. *Jus autem civile a jure gentium distinguitur, quod omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes gentes peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur (1). Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula, qualia sint, suis locis proponemus.*

COMMENTARIUS.

1 *Quod quisque populus*] Suis scilicet legibus, & mo-

(1) *D. l. 2. tit. 1. P. 1.*

ribus vivens. Nam si quæ civitas alterius imperio subjecta est, ea non plus facultatis habet in jure condendo, quam ille, cujus imperio subjecta est, concessit *l. 9. de leg. Rho. l.* Cæterum statutorum condendorum in suo territorio quemlibet Magistratum jus habere tradunt DD. in *l. 9. h. tit.* unde hic locus descriptus est. Quæ tamen statuta non aliter valeant, quam si non derogent juri communi, & ita ut non valeant jure legis, sed salvum maneat jus Superioris, ut pro auctoritate sua ea abrogare possit, *l. 3. §. 5. de sepulc. viol.*

2 *Vocatur jus civile*] In specie nimirum. Nam jus civile sumptum pro eo jure, quo in universum civitas utitur, etiam jus naturale & gentium, quatenus receptum est, comprehendit: eoque sensu obligationes, quæ ex contractibus juris gentium descendunt, dicuntur civiles, licet a Legislatore civili nihil habeant præter approbationem, §. 1. *inf. de oblig.* Hoc igitur jus civile dicitur a causa efficiente, quæ est voluntas alicujus civitatis, aut ejus, qui jus legis ferendæ in ea habet, non communis gentium aut naturalis ratio. Ab Aristot. *legitimum* dicitur; vulgo *positivum.*

3 Potest vero hoc jus amplioris doctrinæ gratia sic distingui, ut aliud dicatur merum & simpliciter civile, quo pertinent omnes leges, quæ ideo tantum justæ sunt & obligant, quia a civili potestate sancitæ; cujusmodi sunt jura adoptionum, usucapionum, donationum inter conjuges (leges Hispanæ de

me-

meliorationibus tertii & quinti; aliæque similes): aliud, *secundum quid*, quod mixtum recte dixeris, cum scilicet juri communi lex civilis aliquid addit, aut detrahit, aut quod illo jure indeterminatum est determinat. Quo sensu matrimonia, patria potestas, tutelæ, testamenta, successiones, actiones, & id genus alia juris civilis esse dicuntur: nempe quia certâ & propriâ quadam formâ a jure civili donata sunt, atque ita determinata, ut certus eorum usus sit proprius civium tantum, exclusis ab eorum communione extraneis & peregrinis. Atque de hoc jure civili mixto accipiendum est quod scribit Ulpianus l. 6. *de just. & jur.* cum additur aliquid, aut detrahitur juri communi, jûs civile effici: alioqui omnia fere, quæ constituta sunt, juris mere civilis & positivi dicenda forent. Illud in universum tenendum est, juris civilis nomen non mereri, quod directe pugnat cum ratione juris naturæ, d. l. 6. in pr. (1).

4. *Naturalis ratio*] Ait Imperator jus gentium esse: *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.* Unde sequitur, jus hoc non ex legibus aut institutis populorum æstimandum esse; sed ex eo, quod justum esse dicitur ipsa ratio naturalis, id est, insita animis hominum notitia de honesto & turpi, justo & injusto. Quam ob causam & ipsum quoque jus naturæ appellatur, & æquum, & bonum, & naturalis æquitas, & natura. Id quod notandum est adversus eos, qui negant quidquam

natura justum esse, sed tantum lege & consuetudine: contra quos disputat Cic. 1. *de legib. cap. 16.* & Aristot. 5. *Ethic. 7.* add. Platon. 1. *de legib.* Laërt. in *Pyrrh.* & *Aristip.* Exempli gratia, dicitur naturalis ratio, delicta, puta furta, adulteria, natura turpia esse, & punienda, l. *probrum 42. de verb. sign. l. 1. §. 3. de furt.* Reperiti tamen sunt, apud quos hæc flagitia permissa atque impunita fuerunt: vide Gell. lib. 11. *cap. 18.* Arnob. *adv. gent. lib. 8.* Alexan. ab Alex. lib. 1. *cap. 24.* Alber. Gentil. 5. *de nupt. cap. 7.* Jure gentium incestum committit, teste Paulo in l. *ult. de rit. nupt.* qui ex gradu ascendentium, aut descendendum uxorem ducit (2): quod etiam saniores omnes Philosophi agnoscunt: nihilominus, ut Ovidius lib. 10. *Metam. v. 331.* ait:

.....Gentes tamen esse feruntur,
In quibus & nato genitrix, &
nata parenti

Jungitur.

Harum, inquam, gentium barbari mores, & pravum judicium efficere non possunt, ut id quod natura justum, aut injustum, turpe, aut honestum est, tale esse desinat: quomodo Socrates disputat apud Xenoph. lib. 4. *memorab.*

5. *Omnes gentes*] Aut certe moratior. Nam naturale recte dicitur, interprete Michaëlo Ephesio ad Nicomach. *Quod apud plerosque non corruptos aut pravos, sed naturæ convenienter se habentes obtinet.* Et Aristot. 1. *Polit. 5.* quid naturale sit, specandum ait in his, qui bene secundum natu-

ram

ram se habent, non in depravatis. Belle Salmas. *de usur. pag. 243.* & seqq. Videtur autem Imperator hic tantum definire voluisse speciem juris gentium excellentiorem, nempe jus gentium primævum, ut id DD. appellant. Neque enim hæc definitio æque accommodari potest juri gentium secundario, quod in §. *seq. ver. Nam usu*, ita describitur, ut respectu juris primævi quodammodo positivum dici possit: quanquam cum etiam secundarium naturali ratione nitatur, neque id aperte sanctione aliqua constitutum sit, sed tacita tantum, communi tamen consensione receptum, naturale quodammodo est, & a positivo secerni potest. Atque hoc etiam puto sentire Aristotel. d. lib. 1. *cap. 4.* ubi ait esse quoddam jus gentium, per conventum, seu publicum consensum.

6. Ut autem paucis explicem, qua ratione Doctorum illa juris gentium distinctio in primævum, & secundarium nitatur, quod hic locus quodammodo flagitat; nata est ea distinctio ex duplici consideratione rationis seu potius intellectus judicantis. Ut enim ratio, sicut Physici docent, vel simplex est & pura, quæ sine discursu judicat: vel composita & comparata, quæ per discursum munus suum exsequitur, ex collatione diversarum rerum aliquid colligens, ita & duplex est jus gentium. Unum quod a simplici illa ratione fuit seu intellectu; cujus juris sunt cultus Dei, reverentia parentum, neminem lædere, suum cuique tribuere, ab alieno manus abstinere, aliæque hujusmodi principia practi-

ca, quibus ultro sine argumentatione aut demonstratione assentimur, & justa esse sine agitatione mentis intelligimus. Alterum quod a composita seu intellectu, quod discursum & ratiocinationem habet, atque ex causa demum aliqua, aut hypothesi, & comparatione alterius rei justum esse intelligitur: cujus generis sunt ea omnia, quæ ad vitæ communis commoda, conjungendasque inter se Respublicas, & gentes a viris sapientibus excogitata in usu omnium gentium, aut plerarumque pervenerunt. Exempli habemus in §. *seq. vers. Nam usu*, & elegans in l. 1. ff. *de contr. empt.* Quod jus a simplici illo intellectu est, primævum DD. appellant, quod a composito, secundarium; hocque significari solet quando simpliciter *jus gentium* dicimus.

7. IN HISPANIA ordinationes, sive statuta ad Supremum Regium Senatum mittenda sunt, ut iste decernat quid custodiendum, seu confirmandum sit, ut expressè habetur in l. 8. *tit. 1. lib. 7. Recop.*

TEXTUS.

Ab appellatione, & effectibus.

2. *Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium. Nam si quis velit Soloniæ, vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium; non erraverit. Sic enim & jus, quo Romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel*

(1) L. 4. d. tit. 1. P. 1. l. 1. tit. 1. lib. 2. Recop. (2) L. 13. tit. 2. P. 4.

jus Quiritum, quo Quirites utuntur. Romani enim a Romulo, Quirites a Quirino appellantur. Sed quæstiones non addimus nomen, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti quum Poëtam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium quod humano generi commune est. Nam usu exigente, & humanis necessitatibus, gentes humanæ jura quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, & captivitates secutæ, & servitutes, quæ sunt naturali juri contraria. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio & venditio, locatio & conductio, societas, depositum, mutuum, & alii innumerabiles.

COMMENTARIUS.

1 *Ex unaquaque civitate*] Jus civile non retinet unum idemque nomen, sed a nomine ejus civitatis appellatur, quæ id constituit, ut in hoc discrepet a jure gentium.

2 *Solonis vel Draconis*] Draco leges Atheniensibus dedit, in quibus, ut scribit Arist. 2. Pol. 10. nihil memorabile præter poenarum acerbitatem. Poena namque capitibus fraudes prope omnes multabat. Unde dictum illud: *Draconis leges non atramento, sed sanguine fuisse scriptas.* Solon deinde, magna earum parte abrogata, alias scripsit, quibus Athenienses felicissime sunt usi.

3 *Jus nostrum*] De Romani juris excellentia disserit M. Tullius in persona Crassi lib. 1. de orat. cap. 43. & seqq. Hodie jus civile Romanorum quasi gentium quoddam jus commune apud totam fere Europam observatur, utique in quibus causis propriæ leges aut consuetudines deficiunt. Sane æquitas & summa, qua constitutum est, prudentia illud commendant.

4 *Usu exigente*] Hic locus confirmat receptam juris gentium distinctionem in primarium & secundarium; quanquam vitio non caret, quod Tribonianus non aptius distinctionem proponit. Primarium enim non ab hominibus excogitatum aut introductum est, sed nobis ingentium: quemadmodum & notitiæ illæ simplicis, unde illud promanat, mentibus nostris divinitus insitæ, & in cordibus nostris insculptæ sunt, etiam Apostolo teste cap. 2. ad Rom. Secundarium autem (quod Grotio 1. de jur. bell. cap. 2. n. 4. est voluntarium) ab hominibus inventum est, & mentis quadam agitatione, comparatis inter se aliis atque aliis rebus, excogitatum ad communem vitæ usum, retinendamque gentium inter se societatem; ut hujus juris ex parte causa sit usus & indigentia, teste Arist. 1. Pol. Quamobrem recte D. Chrysostomus orat. 76. hoc jus ait esse: *Inventum temporis & usus*; multumque ad probationem hujus juris utimur auctoritate illustrium Historicorum. Hoc igitur jus non tam rationis luce exortum, quam ratiocinationis ductu collectum est, &

& usu exigente accommodatum non tam naturæ integræ bonitati, quam corruptæ necessitatibus; conjungiturque Respubl. & gentes inter se, quarum tacito quasi foedere & conspiratione censetur.

5 *Gentes humanæ*] Non quod legis sciendæ causa gentes omnes in unum convenerint: sed quia illud jus propter communem utilitatem tacito consensu gentium approbatum & ab omnibus receptum est.

6 *Bella orta sunt*] Etiam inter ea, quæ sunt juris gentium secundarii, aliqua distinctio facienda videtur. Nam initio simul atque societates humanæ constitutæ sunt, simul necesse fuit dominia distinguere, jura commerciorum introducere: bella autem postea orta sunt, utpote quæ malitia hominum, & habendi libido introduxit, & consequenter etiam bellorum jura. Scite Portius §. præc. n. 3. *Bella, inquit, sunt ex jure gentium non dispositive, sed occasionaliter, distinctis dominis,*

7 *Juri naturali contrariæ*] Bella, & hinc secutæ captivitates, & servitutes, si per se spectentur a ratione naturali prorsus aliena sunt: neque enim, quod utilitas omnium gentium exigit, societatem humanam bella tuentur, sed oppugnant atque evertunt. Ex hypothesi tamen & hæc rationem naturalem habent. Etenim si vim & injuriam nobis, aut sociis nostris illatam, vi & armis defendamus aut etiam vindicemus, captos hostes etiam in servitutem nostram redigamus, ut metu talis poenæ improbi ab injuria in posterum ab-

sineant, nemo opinor est, qui negabit hoc summa cum ratione fieri; de quo iterum, & latius tit. seq.

8 *Omnes pene contractus*] Id pene est temperamentum Jurisconsultis familiare, qui passim hujusmodi particulari adjectione sibi cavere solent, quando quid generaliter enuntiant aut definiunt; propterea quod in ore generalis definitio plerumque periculosa est, l. omnis definitio 202. de reg. jur. quod & Justinianus hic facit respiciens haud dubie ad l. 5. de justit. & jur. ubi Hermogenianus scribit quosdam contractus a jure civili introductos esse: quinam autem isti sint, non definit. Vulgo quidem putant esse hos quatuor, stipulationem, obligationem litterarum, contractum emphyteuticum, & sponsalitiæ largitatem.

TEXTUS.

Divisio juris in scriptum, & non scriptum, & subdivisio juris scripti.

3. *Constat autem jus nostrum, quo utimur, aut scripto, aut sine scripto, ut apud Græcos τὸν νόμον ἢ μὲν ἔγγραφοί, ἢ δὲ ἀγράφοί, id est, legum aliarum (sunt) scriptarum, aliarum non scriptarum. Scriptum autem jus est, lex, plebiscitum, senatusconsultum, Principum placita, Magistratum edicta, responsa Prudentum.*

COMMENTARIUS.

1 *Scripto, aut sine scripto*] Desumptus hic locus est C 2

ex l. 6. §. 2. & l. seq. de just. & jur. Jus scriptum est: Quod expressa sanctione constitutum est; jus vero non scriptum: Quod moribus introductum est absque ulla expressa sanctione. Quare distributio hic tradita ex accidenti est, ac causa instrumentali: nam formalis differentia legis sive ejus juris, quod opponitur juri non scripto aut consuetudini, non est scriptura, sed expressa voluntas, & sanctio civilis potestatis: sicut e contrario consuetudo aut jus non scriptum formam, & essentiam suam habet a tacita voluntate & consensu utentis populi, §. sine scripto. 9. inf. eod. l. de quibus 32. de legib. Hujus rei evidentissimum argumentum est, quod nec consuetudo in scripturam redacta lex sit, nec lex non scripta consuetudo. Lacedæmonii scriptis legibus uti non sunt, legibus tamen uti sunt, atque ita, ut proverbii vice jactarent: *Scriptis legibus non uti*, vide Plutarchum in *Lycurg.* p. 47. Atque ut e Romana Republica exemplum petamus, nunquid lex non erat, cum rogante Magistratu: *Velitis jubeatis. Quirites*, &c. populus in tabellis respondisset: *Uti rogas?* Quod autem rei jam in esse suo constitutæ ex accidenti supervenit, id de illius rei essentia non est.

2 Cur igitur legem appellamus jus scriptum? Quia nimirum postquam lata esset; scribi solebat, & scripto promulgari, aut in tabulis incisa publice proponi, quo & cognosceretur facilius, & minore negotio probaretur. Plane si non alio

modo promulgandi civitas utatur quam per scripturam; potest dici, scripturam ad vim legis necessariam esse: neque enim ante lex vi sua constat, civesque ad observationem vel pœnam obligat quam populo innotescere potuerit; quod sine promulgatione sive publicatione aliqua fieri non potest, l. 8. cum seq. C. de legib. (1), Perez ad tit. C. de legib. n. 21.

3 An igitur lex statim ut publicata est obligat? Maxime: eoque jure utimur, extra quam si certum tempus nominatim lege comprehensum sit, ex quo vim capiat, ut fit interdum, Nov. 57. in fin. Nov. 116. c. 1. Extat sane constitutio quædam, quæ indulget spatium duorum mensium a die publicationis observandum in omnibus novis legibus, Nov. 66. c. 1. Verum ea constitutio recte sic a plerisque accepta est, ut prosit hoc spatium ad allegationem ignorantia, atque hæc interim præsumatur, non quin lex promulgata civitatis obstringat eam, in cuius notitiam ante pervenit. Quod si quis post lapsum ipsius temporis ignorantiam alleget; esse quidem adhuc audiendum, sed hæc conditione, ut causam ignorantia, quam allegat, probet, per l. ult. de decr. ab ord. fac.

4 Scriptum autem jus] Licet temporibus Justiniani subdivisio juris scripti, quæ hic proponitur, jam non vigeat, quia soli Imperatori, non autem populo, plebi, nec Senatui potestas erat jura condendi; voluit nihilominus ipse eam tradere & singula membra

De Jure naturali, gent. & civili. 21
explicare, ut veteris juris historia intelligeretur.

5 IN HISPANIA etiam solus Rex jura condere valet, l. 12. tit. 1. P. 1. l. 2. tit. 1. P. 2. l. 3. tit. 1. lib. 2. Recop. vers. Y por- que al Rey.

TEXTUS.

De lege & plebiscito.

4 Lex est, quod populus Romanus Senatorio Magistratu interrogante (veluti Consule) constituebat. Plebiscitum est, quod plebs plebejo Magistratu (veluti Tribuno) constituebat. Plebs autem a populo eo differt, quo species a genere. Nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam Patriciis & Senatoribus. Plebis autem appellatione sine Patriciis & Senatoribus ceteri cives significantur. Sed & plebiscita, lege Hortensia lata, non minus valere, quam leges ceperunt.

COMMENTARIUS.

1 Sequitur singularum juris scripti partium explicatio, cui nos lumen aliquod ex antiquitatis memoria afferemus, cuius ignoratio crassos errores perperit.

2 Lex est] Legem a legendo dictam, scribit Cicero lib. 1. de legib. cap. 6. quoniam in lege interrogante, in comitiis tribus: quæ de re antiquitatis studiosi consulant Carol. Sigoniam, & Nicol. Gruchium, qui

non minus late patet, quam juris tam enim dicimus, lege naturæ quid concessum, aut vetitum esse, quam jure, ut apud Ciceronem *passim*: frequentissime autem legem appellamus; quæ scripto sancit quod vult; eaque popularis est hujus vocis significatio, teste eodem Cicerone d. lib. 1. de legib. c. 6. Neque tamen omnis scripta sanctio arcto significato lex est, sed ea tantum, qua universus populus obstringitur: nec alia de causa plebiscita initio leges dicta non sunt, quam quod partem tantum civium obligabant. At post legem Hortensiam plebiscita non minus proprie leges appellata, quam quæ populus centuriatum jusset.

3 Senatorio Magistratu] Lex ferebatur comitiis cunctis, vel centuriatis a Magistratibus penes quos erant majora Reipublicæ auspicia, puta a Consule, Dictatore, vel Prætoro.

4 Interrogante] Rogabat Magistratus his verbis: *Velitis jubeatis Quirites* &c. Populus respondit in tabella vel per litteram *A.* id est: *Antiquo*, vel per *U. R.* id est: *Uti rogas.* Priori casu populus, qui ea tempestate jura condendi potestatem habebat, legem non probabat, sed malle se juri antiquo adherere significabat. Posteriori vero lex a populo probata manebat plebiscito constituta.

(1) Senat. sub die 1. April. an. 1767.

ex professo de comitiis Romanorum scripserunt.

5 *Quo species*] Air Justinianus plebem a populo eo differre, quo species a genere, id est, quo pars a toto.

6 *Lege Hortensia*] Quia plebis appellatione non significantur Patricii & Senatores, sed cæteri cives, hos tantum, non illos plebiscita ab initio obligabant. Postea tamen iis eadem auctoritas data est ac ipsis legibus, omnesque cives obligare cœperunt. Primum per legem Horatiam: deinde per Publiliam: & denique per Hortensiam. Justinianus solius Hortensiam meminit, quia non est novum priores leges trahi ad posteriores, l. 26. de legib. (1).

7 *Non minus valere, quam leges*] Ita factum est, ait Pomponius l. 2. §. deinde 8. de orig. jur. ut inter legem, & plebiscitum species interesset constituendi: potestas tamen eadem esset. In summa ut plebiscita etiam leges revera & essent & appellarentur.

TEXTUS.

De Senatusconsulto.

5 *Senatusconsultum est, quod Senatus jubet atque constituit. Nam cum auctus esset populus Romanus in eum modum, ut difficile esset in unum eum convocari legis sancienda causa, æquum visum est, Senatum vice populi consuli.*

COMMENTARIUS.

1 *Testatur Tacitus lib. I. annual. cap. 15. Tiberium*

(1) L. 19. tit. 1. P. 1. l. 3. tit. 1. lib. 2. Recop.

Cæsarem comitia e campo ad Patres transtulisse. Ex eo igitur tempore, legibus & plebiscitis quiescentibus, Senatus jus facere cœpit, quanquam non tam propria auctoritate, quam convenientia quadam & indulgentia Principum, quod vel unus Tacitus nos docere potest, & arguunt orationes Principum in Senatu haberi solitæ, in quas Senatusconsulta fiebant pro arbitrio Principis. Unde & ipsa Senatusconsulta orationes Principum non raro appellantur. Tandem translato in orientem Imperio, mutataque penitus Reipublicæ forma, hæc precaria potestas Senatus exolevit. Vera autem causa transferendi comitia ad Senatum, non videtur fuisse illa, quam Justinianus significat, quod auctus esset populus, sed ut docent Tacitus d. c. 15. & Suetonius in Tib. cap. 30. ambitio & astutia Cæsarum, qui *Senatus potentiam augendo suæ serviebant*, ut scribit idem Sueton. in Tiber. cap. 29.

2 *IN HISPANIA* quædam quæ, si Senatusconsulta habemus, quæ lingua vernacula *Autos acordados del Consejo* dicimus, & sunt: *Decreta seu decisiones Supremæ Senatus, consulto & approbante Rege edita.* Differunt a Romanorum Senatusconsultis, quia his inerat vis legis absque expressa Principis approbatione, quæ nostris Senatusconsultis omnino necessaria est, l. 62. §. 10. tit. 4. lib. 2. Recop. Cæterum cum in aliis similia illis sint, quatenus in Senatu examinantur & forma donantur, ea sub nomine

, Se-

Senatusconsulti, quotiens opus fuerit, laudabimus. Typis mandata sunt uno collecta volumine, quod novam Recopilationem complet.

TEXTUS.

De Constitutione.

6. *Sed & quod Principi placuit, legis habet vigorem* (1): *cum lege regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei & in eum omne imperium suum & potestatem concedat.* Quodcumque ergo Imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat. Hæc sunt, quæ constitutiones appellantur. Plane ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliæ autem, cum generales sint, omnes proculdubio tenent.

COMMENTARIUS.

1 *Lex regia*] Hæc eadem quæ lex imperii dicitur in l. 3. C. de testam. Et nihil aliud fuisse videtur, quam congeries prærogatarum Imperatoribus decretarum, sub initium Imperii: adeoque ea constitit variis Senatusconsultis paulatim factis in honorem Principum, ut bene probat Hein. antiq. Rom. lib. 1. tit. 2. §. 62. & seqq.

(1) L. 2. tit. 1. P. 2.

2 *Omne imperium & potestatem*] Privative scilicet, non cumulative. Nihil ad rem facit, quod Principes ab invisis populo nominibus Regis aut Domini abstineant, cum alio sub nomine regiam potestatem exercerent, auctore Dione lib. 53. multo autem minus jus illud imaginarium populi in suffragiis ferendis, aut illa in jure condendo precaria Senatus auctoritas. Manebant enim tunc temporis adhuc, ut inquit Tacitus, *vestigia morientis libertatis.* Et verissime de populo Romano Juvenalis Satyr. 10. v. 78. inquit:

..... Qui dabat olim
Imperium, fuses, legiones, omnia,
nunc se

Continet, atque duas tantum res
anxius optat,

Panem, & Circenses.

3 *Quodcumque ergo Imperator*] Constitutiones Principum non sunt unius generis. Distinctio a causa finali, hoc est, a scopo & intentione Principis sumenda. Etenim vel hoc aperte & directe Princeps agit ut legem condat & jus præscribat, quod sit: *Cum generaliter & motu proprio quid (Princeps) constituit ad usum subditorum*, quæ species constitutionis edictum dicitur & lex edictalis, l. 6. C. de sec. nup. cum simil. vel non agit id principaliter ut jus aliquod in commune constituat, sed in specie litem aliquam inter partes componat, & tamen propter excellentiam & dignitatem personæ constituentis, id quod constituit legis vigorem habet, l. 1. §. 1. de const. Princip.

l.

l. ult. C. de legib. (1) : cum res a Judicibus judicatæ aliis non noceant (2), *tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* ac ne sententiæ quidem latæ in consistorio Principis, aut ipso quidem Principe, sed ad relationem & consultationem Judicum, *l. 2. l. 3. C. de legib.* vide tamen Christin. *vol. 2. decis. 63. n. 3. & seqq.* & *vol. 3. decis. III. m. 8. & 9.* Posterioris hujus generis duæ sunt species, epistola sive rescriptum, & decretum. Epistola proprie dicitur: *Cum de jure consulentibus Princeps rescribit.* Decretum: *Cum ipse de causa cognoscit, & partibus auditis sententiam pronuntiat:* quem veterum Principum morem fuisse testantur historiæ AA. scriptores. Elegans exemplum habemus in *l. 3. de his quæ in test. del.* Alia exempla in *l. 13. quod met. caus. l. 41. de her. inst.* Conf. Jac. Gothofr. ad *l. ult. C. Th. de offic. jst. omn.* ubi plenissime de modo, quem Principes in decernendo observabant.

4 *Quædam sunt personales*] Cum dixisset, non ea tantum, quæ Princeps edicto præcepit, sed etiam quæ per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vim etiam in aliis causis & personis habere: id nunc ex Ulpiano in *d. l. 1. §. 2. de const. Princ.* sic temperat, nisi aliam esse voluntatem & sententiam Principis appareat: esse enim constitutiones quasdam personales, quibus jus singulare in certæ alicujus personæ gratiam constituitur (3). Hæ sunt quæ *privilegia*

(1) *L. 14. tit. 22. P. 3. in fin.*

(2) *L. 20. d. tit. 22. P. 3.*

Latinis dicuntur, eo quod Veteres *priva dixerunt, quæ nos singula dicimus;* auctore A. Gellio *lib. 10. cap. 20.* & Festo in voce *privus*, ubi Jos. Scal. in *annot. Offendit me*, inquit, *quod apud Ciceronem pro hac voce, privatum substituerint*, ut in ea *pro domo cap. 17. Vetant leges sacratæ, vetant XII. Tabulæ leges privois hominibus irrogari.* At hodie legunt *privatis cap. 19.*

5 Ait autem Justinianus, hujusmodi constitutiones personales sive privilegia aut jura singularia in exemplum non trahi, nec personam egredi: quoniam non ea mens sit Principis, qui solius puta Titii, aut Sempronii causa aliquid constituit, ut id, quod ita constituit, in universum pro jure observetur aut ad alios transferatur. Apparet vero ex ipsis verbis, non agi *hoc loco* de privilegiis causæ aut rei, sed personæ, quibus sola personæ conditio locum facit: qualia sunt privilegia militum. Hæc & similia personarum privilegia, deficiente persona, cui data sunt, statim simul deficiunt aut extinguuntur, neque ad successores transeunt, *l. in omnibus 68. l. privilegia 196. de div. reg. jur.* nisi id quoque nominatim privilegio cautum sit, *l. 4. de immun.* (4). At quæ privilegia magis causæ, quam personæ præstantur, ea heredibus, seu omnibus, qui causæ ac rei participes suat, tribuuntur, *d. l. privilegia 196. de div. reg. jur.* cujus generis beneficia sunt immunitates generaliter locis, aut civitatibus,

(3) *L. 28. tit. 18. P. 3. in fin.*

(4) *Reg. 27. tit. fin. P. 7.*

ant familiis datæ, *l. 4. §. 3. de censib.* induciæ temporis, quæ judicatis indulgentur, *l. tempus 29. de div. reg. jur.* jus ante omne creditum deducendi impensas funeris, *l. penult. junct. l. si filiusfam. 31. §. ult. de relig. & sumpt. fun.* &c. Itaque privilegia alia personalia, realia altera: de quo ad D. Pet. Fab. ad *d. l. in omnibus 68. & d. l. privilegia 196. de div. reg. jur.*

6 *Ob meritum indulsit*] Tres personalium constitutionum species *hoc loco* proponuntur (1). Si quid Princeps alicui ob meritum indulsit: puta immunitatem ab oneribus publicis. Si quam pœnam irrogavit: puta graviolem ordinaria propter exemplum. Si cui sine exemplo subvenit: puta gratiam delicti fecit. Ubi obiter notandum, privilegia non solum pro aliquo, verum etiam in aliquem ferri posse, ut in Milonem a Pompejo, in Ciceronem a Clodio lata sunt, *Cic. pro domo sua, cap. 17.*

7 Illud hic prætereundum non est, non ut quisque privilegium a Principe impetravit, ita & continuo id valere. Nam primo rescripta Principum contra jus vel utilitatem publicam elicitæ a Judicibus improbari, etiam ipsorum Imperatorum constitutionibus jubentur (2), extra quam si prosint petenti, & alium non lædant, vel crimen supplicantibus indulgeant, *l. 3. & 7. C. de prec. Imp. off. l. ult. C. si cont. jus vel util. publ. aut*

Tom. I.

(1) *L. 49. cum duabus seqq. tit. 18. P. 3.*

(2) *L. 30. & seqq. tit. 18. P. 3. Senat. 70. tit. 4. lib. 2. Recopil.*

licet cum læsione alterius mortatoria duntaxat præscriptio debitori permittatur, ut est in *l. 2. de prec. Imp. off.* id est, exceptio dilatoria: exceptio, non qua perimatur actio, sed petitio & exactio in tempus certum differatur, spatio ad solvendum debitori dato. Quo tamen casu placet non aliter rescriptum valere, quam si fidejussio idonea super debiti solutione præbeat, *l. 4. C. d. tit. (3).* Secundo si Principi obreptum sit celata scilicet veritate; vel subreptum expresso mendacio, rescripti fructu privari jubetur, qui id impetravit, *l. 2. C. de legib. l. pen. C. si cont. jus vel util. publ.* (4). Utrumque ex voluntate & mente Principis sumptum est, qui non creditur aliquid velle contra utilitatem publicam concedere; aut aliter quam si preces veritate nitantur, *l. 7. C. de div. rescr. l. pen. & ult. C. si cont. jus vel util.*

TEXTUS.

De jure honorario.

7. *Prætorum quoque edita non modicam obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare, quod qui honores gerunt, id est, Magistratus auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant & Aediles Cures editum de quibusdam causis, quod & ipsum juris honorarii portio est.*

D

(3) *L. 33. tit. 18. P. 3. Senat. 79. tit. 4. lib. 2. Recop.*

(4) *L. 36. tit. 18. P. 3. Senat. 70. tit. 4. lib. 2. Recop.*

COM-

COMMENTARIUS.

I **I**nter species juris civilis numeratur *hoc loco* & jus prætorium; quod tamen non raro ut species diversa, juri civili opponitur. Sed non est novum in jure nostro, ut idem nomen nunc latius, nunc angustius accipiatur, & quod per se positum nomen generis est, contrahatur ad certam speciem oppositam speciei ejusdem generis. I aque cum jus civile a prætorio distinguitur, per jus civile intelligitur, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate Prudentum venit: per prætorium: *Quod juris civilis adjuvandi, supplendi, corrigendi causa Magistratus introduxerunt*, Papinian. l. 7. de just. & jur.

2. Unde autem Prætori juris condendi potestas? Neque enim Prætor aliud quam Magistratus fuit juri dicendo, non condendo, quod majestatis est, præpositus; custos juris civilis, non arbiter; neque ulla lege talem potestatem Prætori datam uspiam legimus. Sic existimo, Prætores ab initio jure Magistratus edicta tantum proposuisse de quibus rebus, & quomodo jus dicturi essent, l. 2. §. eodem tempore 10. de orig. jur. Progressu autem temporis, non obnitente populo, hoc simul usurpasse, ut edicendo etiam jus constituerent; ut tamen edicta eorum minorem longe vim quam leges haberent, nec abrogare jus constitutum aut receptum possent, l. cum sponsus 12. §. 4. de publ. in rem aut. l. 12. §. 1. de bon. poss.

sed tantum adjuvare, supplere, corrigere, d. l. 7. §. 1. de just. & jur. hoc est, rigorem juris civilis mitigare, & de iis, quæ legibus nec sancita nominatim, nec vetita essent, ex bono & æquo aliquid statuere etiam præter rationem juris civilis. Nam certe plus licuit se Prætori, quam vel Jurisconsultis, vel Judicibus privatis, argumento sunt tot exceptiones, & actiones, tot bonorum possessiones præter manifestam rationem juris civilis a Prætoribus introductas, in quibus ante jus a Prætoribus constitutum nihil sibi sumere quisquam privatus potuit: atque hinc est, quod edictum Prætoris nonnunquam lex appellatur, uti ab Ulpiano, l. 1. §. 2. unde cog. & Cic. 3. in Verrem.

3. *Qui honores gerunt* Jus honorarium ad honorem Prætorum nominatum esse, ait Papin. in d. l. 7. §. 1. quod qui honores gerunt, id est, Magistratus auctoritatem huic juri dederunt, ut hic Justinian. Proposuerunt quidem & alii Magistratus Censores, Consules, Tribuni, Ædiles Curules edicta, ut ex Cic. Gell. & aliis notum est; nec dubium quin secundo ea jus dictum fuerit: attamen, quia soli Prætores juris dicendi causa creati sunt, totaque fere jurisdictio penes Prætores erat, hinc factum arbitror, ut jus omne, quod a jurisdictione venerat, non minus prætorium quam honorarium appellaretur, atque appellatione prætorii etiam aliæ partes juris honorarii continerentur.

4. **I**N HISPANIA jus prætorium, & quod §. seq. traditur, non

, non habemus: vide quæ diximus, *usus approbavit; nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* (1).

TEXTUS.

De responsis Prudentum.

8. *Responsa Prudentum sunt sententiæ, & opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere; nam antiquitus constitutum erat, ut essent qui jura publice interpretarentur, quibus a Cæsare inter respondendi datum est, qui Jurisconsulti appellabantur: quorum omnium sententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut Juitici recedere a responsis eorum non liceret, ut est constitutum.*

COMMENTARIUS.

I **A**nte tempora Augusti, quicumque studiorum suorum fiduciam habebat, de jure consulentibus publice respondere poterat. Divus autem Augustus, quo major esset juris auctoritas, primo constituit, ut ex sua auctoritate responderetur. Post quod tempus peti pro beneficio, & a Principe jus respondendi dari cœpit, ut in l. 2. de orig. jur. circa fin. idem Pompon. scribit; quam ob causam nonnulli existimant ex eo demum tempore responsa auctoritatemque Jurisconsultorum inter partes juris scripti numerari cœpisse.

TEXTUS.

De jure non scripto.

9. *Sine scripto jus venit, quod*

(1) L. 4. & 6. tit. 2. P. 1.

COMMENTARIUS.

I **S**ine scripto] Jus non scriptum idem esse ac consuetudinem, jam supra diximus §. 3. *hoc tit.* Hoc autem jus consensu utentium comprobari, ait Justinianus, tacito nimirum. Nam quemadmodum expressa sanctio legem facit, ita tacita populi voluntas consuetudinem. Unde quoad vim & effectum inter hæc duo nulla est differentia. *Quid enim interest*, ait Julian. in l. 32. de legib. *suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis?* Populum autem hic intelligere debemus nullius imperio subiectum: nam qui alterius imperio paret, non magis tacito consensu consuetudinem introducere potest, quam expresso legem. Proinde in statu populari, qualis fuit Romanorum exactis Regibus, jus consuetudinis introducendæ populus solus habere potest. At in monarchico, in ea introducenda, probabilem Principis scientiam & patientiam requiri, recte putant Wesembec. aliique; quanquam quod non requiratur scientia, sed patientia sufficiat, & quidem generalis, qua Principes omnes usus honestos probant, communior est sententia, quam tenet Toldenus ad tit. C. *quæ sit long. cons. n. 1.*

2. *Diuturni mores*] Propria hæc epitheta sunt consuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata.

ta. Nam cum sensim tacito consensu populi inducatur, necesse est, ut is consensus ex fictis, & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo facti est, probari quoque debet, atque ad eam probandam multum confert, si ea iudicio contradictorio aliquando firmata sit, *l. cum de consuetudine 34. de legib.*

3 Quantum autem tempus & quot actus ad introducendam consuetudinem requirantur, inter Interpretes non satis convenit. D. Connanus *1. comm. 10. & Hotom. hic*, tantum tempus requirunt, quantum superstium hominum nec ætas nec memoria comprehendit, per *l. 1. §. ult. junct. l. 2. §. idem Labeo 7. de aq. & aq. publ. arc. Vulgo*, testibus D. Gail. *2. obs. 31. Myns. 6. obs. 41.* arbitrantur consuetudinem induci decennio, aut tanto tempore, quanto jus aliquid præscribi potest. Verum, ut recte D. Ant. Fab. *jurispr. tit. 2. princ. 11.* notat, in hoc hi omnes errant, quod consuetudinem cum præscriptione juris confundunt. Præscriptio enim nullum jus acquirit nisi præscribenti, & in eos duntaxat contra quos præscriptum est, & in tantum, in quantum præscribens possedit, vel quasi. Consuetudo vero acquirit jus in universum omnibus, & contra omnes in suo casu; quia cum sit *lex quædam tacita, legem imitatur, l. ult. C. quæ sit long. cons.* Quam ob causam cum D. Cujac. *20. obs. 1. & Menoch. consil. 543. n. 20.* potius iudicis arbitrio hoc definiendum censeo, qui pro negotii qua-

litate modo longius, modo brevius tempus statuere possit, & quantumcumque tempus sufficere, modo adsit actuum frequentia & uniformitas, ut Ant. Fab. ad *l. nam Imperator 38. de legib.*

4 Et quoniam in consuetudine introducenda non hujus aut illius hominis, vel etiam ordinis morem inspicere debemus, sed totius populi usum (1), eumque colligere ex iis, quæ non semel aut bis, sed frequenter circa eandem rem & controversiam observata sunt, *l. 1. C. quæ sit long. cons.* & observata tenaciter, hoc est, perpetuo similiter, *l. ult. eod.* non putarem ad inducendam consuetudinem duos actus sufficere, quantumvis judiciales & notorios, quæ communis est opinio probata item a Gail. & Myns. *dd. locc.* sed hoc etiam arbitrio iudicis relinquendum, ut cætera, quæ certo jure definita non sunt, arg. *l. 1. §. ult. de jure delib. l. 9. C. de bon. auct. jud. poss.* Cujac. Menoch. Fab. *ubi supr.* eleganter Diod. Tulden. in *comm. ad hunc tit. cap. 4.*

5 Illud majoris partis consensu & recte receptum est, cum de consuetudine probanda quæritur, necesse non esse probare eam aliquando firmatam fuisse iudicio contradictorio. Nam cum ea populi consensu inducatur, quid refert, quod non etiam intervenerit res iudicata? Quod si tam certum jus fuerit, ut de eo nunquam apud iudicem dubitatum sit: an non majoris auctoritatis id videri debet, quam quod in iudicio contradictorio approbatum? *l. imo magnæ 36. de*

de legib. Consilii igitur est, non necessitatis, quod scribit Ulpianus in *l. 34. d. tit.* cum de consuetudine quæritur, primum explorandum esse, an etiam contradictorio aliquando iudicio confirmata sit. Consilium dat, ut id fiat, quia illa exploratio utilis est probaturo consuetudinem, scilicet ut paratas habeat easdem illas probationes, quibus consuetudo tum probata est.

6 *Legem imitantur*] Id est, vim & effectum legis habent (1). Itaque non hic solus consuetudinis effectus est, quod jus novum, de quo nihil ante cavebatur, inducat; sed etiam quod latam antea legem abroget, §. *pen. infr. eod.* Est & alius item consuetudinis effectus, in jure scripto nimirum interpretando. Nam si de interpretatione dubiæ alicujus legis quæritur, memur imprimis inspiciendum esse: *Quo jure civitas retro in hujusmodi casibus usa sit*; optimam enim legum interpretem esse consuetudinem, *l. si de interpretatione 37. & l. seq. de legib.* minimeque mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt. Hinc consuetudo alia est *præter legem*, alia *contra legem*, alia *secundum legem* (2).

7, IN HISPANIA ut consuetudo introducta dicatur, decem annorum lapsus requiritur, simulque Regis scientia, qui eam non reprobet, sed ratam habeat, & insuper quod duplici sententia probata sit, *l. 5. tit. 2. P. 1. & ibi Gregor. Lop. gloss. 4.* Hæc tamen sententia duntaxat necessaria erit ei qui consuetudinem

actibus judicialibus probare intendit, *ibid. Greg. Lop. gloss. 7. Molina de primog. lib. 2. cap. 6. num. 27. & seq. cum Addentibus.*

TEXTUS.

Ratio superioris divisionis.

10. *Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet & Lacedæmoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem ea, quæ pro legibus observabant, memorie mandarent: Athenienses vero ea quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.*

COMMENTARIUS.

1 **E**xactis Regibus cœpit populus Rom. incerto magis jure & consuetudine uti, quam lege lata: donec placeret publica auctoritate tres constitui viros Sp. Posthumium Album, A. Manlium, & P. Sulpicium Camerinum; non decem, ut Pomponius narrat in *l. 2. §. 4. de orig. jur.* per quos peterentur leges a Græcis civitatibus. Itaque Legati Athenas missi, qui inclytas Solonis leges describerent, & aliarum civitatum Græcarum instituta, mores, juraque cognoscerent, Liv. *lib. 3. cap. 31. & seq.* Hæc leges in XII. Tabulis postea descriptæ, leges *decemvirales*, & XII. Tab. sunt appellatæ: fons omnis publici privatis

(1) *L. 6. tit. 2. P. 1.*(1) *L. 6. tit. 2. P. 1.*(2) *D. l. 6.*

rique juris; auctore eodem Livio. Ex quibus perspicuum est, jus scriptum sive leges Romanorum originem suam habere partim ex legibus, partim ex moribus Græcarum civitatum, & insigniter errare Tribonianum, qui jus scriptum Romanorum ab Atheniensibus, non scriptum a Lacedæmoniis accessit. Nam primum male confert leges non scriptas Lacedæmoniorum cum jure non scripto Romanorum. Neque enim Lacedæmoniorum leges fuere jus aliquod moribus introductum, quo sensu jus non scriptum *hic* accipi constat, & scripto, hoc est, legibus latis opponi: sed leges proprie dictæ & expressim sancitæ: quamvis eas non scribi, sed in memoria conservari voluerit legislator eorum Lycurgus. Secundo nec mores Lacedæmoniorum dici possunt originem dedisse juri non scripto Romanorum, non magis, quam mores Atheniensium, aut aliarum Græciæ civitatum, unde Legati Roma missi leges petierunt. Nam non minus mores, quam leges horum populorum descripti in illis quas dixi, XII. Tabulis, lege decemvirali perlata, partem juris scripti Romanorum constituerunt.

TEXTUS.

Divisio Juris in immutabile & mutabile.

II. Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes per seque observantur, divina quadam providentia constituta, sem-

per firma atque immutabilia permanent. Ea vero, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

COMMENTARIUS.

I. **E**xposito jure tum naturali, tum civili, observataque utriusque differentia in causis efficientibus, non incommode *hoc loco* subjicietur alia quadam differentia, quæ in effectu cernitur.

2. *Divina quadam providentia constituta*] Hoc est, quæ ab incorrupta ratione, a simplici illa notitia mentibus nostris divinitus impressa promanant. Jus quod nobiscum natum est, non ab hominibus excogitatum, cujus Deus est inventor, disceptator, lator, ut loquitur M. Tullius *lib. 3. de Repub.* Apud Xenophontem *lib. 4. memorab.* hujusmodi jura *Dei leges* dicuntur. De jure igitur gentium primario, id est, eo quod simpliciter naturale est, hæc accipienda sunt: non de secundario, quod usu exigente inventum. Nam diligenter distinguenda naturalia præcepta ab his quæ pro certo statu duntaxat naturalia sunt: jura multis populis seorsum communia, ab his quæ societatis humanæ vinculum continent. Sic vetera gentium jura circa bella, & res bello captas, circa incrementa fluminum &c. multum mutata hodie videmus. Sed & multa quæ jus naturæ non jubet, sed permittit tantum, communi consensu prohiberi possunt, uti factum

etum circa omnia fere quæ nullius sunt, de quo suo loco disseremus uberius. Sane etiam jus gentium secundarium, proportionem quadam, immutabile dici potest, & utique multo difficiliter tollitur, quam jus civile.

3. *Immutabilia*] Jus naturale semper & ubique justum est & fuit; nec aliud hic, aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc est, aliud posthac erit. Nam ut recta ratio insita a natura & diffusa in omnes constans est & sempiterna, ita & quod ea præscribit semper atque ex se justum est atque immortale. Quamobrem, nec quod hoc jure prohibetur, juberi potest, nec quod jubetur, vetari, ut recte Grot. 1. *manud.* 2. & convenienter ei quod scribit Jurisconsult. in *l. 6. de just. & jur.* jus civile *in totum a jure naturæ recedere non debere.* Nec est contrarium quod Jurisconsult. addit, jus civile *non per omnia juri naturali servire, sed plerumque ei addere aliquid, aut detrahere.* Nam illa additio aut detractio nihil aliud est, quam generalium juris naturæ præceptorum ad usum moresque civium & formam Reipubl. specialis cum delectu accommodatio. Quod quamvis variis in locis diversimode fiat, atque etiam in applicando naturæ jura inflecti quodam modo videantur; immutabile tamen permanet, quod per se atque ex sui natura justum est; vimque suam perpetuo retinet in obligandis conscientis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc con-

stantia atque immutabilitas præcipue elucet, Covarr. *de matr. p. 2. cap. 6. §. 9. num. 7.* belle Michaël Ephes. ad 5. *Ethic.* Exemplis res fiet illustrior. Lex naturæ ita præscribit: *Deum colito: Liberi potestati patris subjei sunt: Pacta conventa servato.* Hæc sunt æternæ legis perpetua decreta, & quæ nullo jure civili abrogari possunt.

4. At in modo applicandi, de quo lex naturæ nihil definit, varietas aliqua apparet propter varietatem constitutionum civilium: ut scilicet hoc vel illo ritu externo adhibito Deus colatur: ut patribus in liberos vel eadem, quæ dominis in servos, potestas sit, & quodeunque per filium acquiritur, id acquiratur patri: vel ut jus tantum pater habeat filium modice & sine acerbitate castigandi, & contumacem expellendi domo: ut pacta etiam nuda efficaciter obligent, aut eam vim tantum habeant vestita, ut vulgo loquuntur. Hoc, inquam, factum non mutatur jus naturale, sed adjuvatur, dum propter utilitatem civium (quo Legislatores omnes spectant, tametsi non idem semper constituent) aliquid ei adjicitur; aut si mavis, detrahitur, respectu scilicet præcepti generalis. Atque hoc est, quod DD. nostri ajunt, jus naturale *modificari, declarari, & provisionibus adjuvari posse*; sic enim loqui amant Jo. Fab. & alii ad *hunc §.* Sexcenta ejusdem generis exempla afferri possent (occurrunt enim in omnibus fere partibus juris civilis); sed hæc pauca e multis retulisse, puto rei declarandæ sufficere.

5 Illud etiam sciendum est, esse quosdam quasi gradus principiorum practitorum, & præceptorum naturæ, ac nonnunquam usu venire, ut inter se hæc concurrant, & invicem obstant, verbi causa: Lex naturalis est: *Non occides*, est & altera ejusdem generis, sed momentosior, quæ sui defendendi causa permittit aggressorem occidere. In hoc concursu lex inferior superiori cedat necesse est (1), Wesemb. *parat. de just. & jur. n. 15. Gomez var. tom. 3. cap. 3. num. 20.*

6 *Alia lege lata*] Expediat ne leges mutare, aut quando expediat politicæ disquisitionis est: cuius tamen quæstionis decisionem suggerit Ulpian. in *l. 2. de const. Princ. In rebus*, inquit, *novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum visum est* (2). Eaque consentiens est Politicorum omnium sententia, Plato *lib. 7. de legib. Aristot. 2. Pol. 6. in fine*, Bodin. 4. *de Rep. 3. Lips. 4. Pol. 9.*

TEXTUS.

De objectis juris.

12. *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et prius de personis videamus: nam parum est jus nosse, si personarum, quarum causa constitutum est, ignorentur.*

(1) *L. 2. tit. 8. P. 2. l. 1. & 4. tit. 23. lib. 8. Recop.*

COMMENTARIUS.

1 *Hoc §. transitus fit a jure* constituyente ad jus constitutum, & methodica quædam via pro materiæ diversitate, circa quam illud versatur, ad hujus cognitionem sternitur, præcunte Cajo in *l. 1. de stat. honr.*

2 *Vel ad personas*] Distributio ex objectis, ut apparet, ad finem juris obtinendum accommodata. Finis juris, quod jam sæpe diximus, est suum cuique tribuere. Ut autem hunc finem consequamur, necesse est primum scire, quid sit suum cujusque; deinde qua ratione, si id ultro non præstetur, ab invito obtineamus. Cognitio ejus, quod cujusque est, vel ex persona sunitur, vel ex rebus; seu ex jure, quod quisque vel conditione & statu personæ suæ habet, vel ratione rerum externarum. Conditione personæ multum inter se homines differunt: alii enim liberi sunt, alii servi; liberorum alii ingenui, alii libertini; alii patresfamilias, alii filiifamilias; patrumfamilias alii in tutela, alii in curatione, alii in neutro eorum. Ac pro diversis hujusmodi qualitatibus diverso quoque jure in civitate censentur; quod quia statutum ac conditionem personæ sequitur; jus personarum appellatur; deque eo deinceps *hoc primo libro* disputabitur. In rebus externis quod cujusque est, id aut est jus reale, nempe dominium aliudve in rem aliquam jus; aut

(2) *L. 18. tit. 1. P. 1. l. 8. tit. 1. lib. 2. Recop.*

personale duntaxat, uno nomine obligatio sive creditum: agiturque de hoc jure *lib. 2. 3. & parte quarti* usque ad *tit. de actionib.* Obtinendi utriusque juris ratio est in

actionibus, hoc est, juris nostri persecutionibus, sive id fiat in judicio, sive extra judicium auctoritate Magistratus: quod argumentum ultimo tractatur loco.

TITULUS TERTIUS.

DE JURE PERSONARUM.

Concord. Tit. 5. Lib. 1. Dig. (1).

Continuatio. Quid hæc persona, quid status, & jus personæ.

1 *IN* calce *præcedentis tit.* proposita fuit series, & dispositio summarum partium, quæ deinceps *hoc lib. & sequentibus* singularim tractantur. Initium fit a personis, quarum causa cætera constituta sunt. In *Pand.* titulus ejusdem planè argumenti inscribitur *de statu hominum*. Unde intelligimus personam *hæc*; non qualitatem civis, sed hominis designare, aut potius hominem simpliciter: eamque appellationem tam servo competere quam homini libero: sicut & in jure passim etiam servo tribuitur, *l. potestatis 215. de verb. sign. l. 22. de div. reg. jur.* item jus personæ *hæc* esse: *Quod statutum & conditionem personæ sequitur*: nam status ipse est personæ conditio aut qualitas (2), quæ efficit, ut hoc vel illo jure utatur; ut esse liberum, esse servum, esse ingenuum, esse libertinum, esse alieni, esse

sui juris. Itaque status rationem causæ, jus effecti habet.

TEXTUS.

Prima divisio personarum.

Summa itaque divisio de jure personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi (3).

COMMENTARIUS.

1 *Summa*] Id est, prima & principalis, vel etiam generalissima; nam reliquæ sunt secundariæ aut speciales.

2 *Servi*] Duplex est servi consideratio, qua res, quæ in commercio est, ut & reliquæ res nostræ; & qua persona, quatenus puta cognatus dicitur, *l. 14. §. 2. & seq. de rit. nupt.* quatenus liber

Tom. I.

(1) *Tit. 23. P. 4.*

(2) *L. 1. tit. 23. P. 4.*

(3) *L. 1. tit. 4. P. 4.*

fieri, heres institui, contrahere, & dominum de peculio obligare, ipse iterum naturaliter obligari, & alios sibi obligare potest, l. 14. de oblig. & act. (1). Prout igitur consideratur, ita vel ad primum, vel ad secundum objectum pertinet.

TEXTUS.

Definitio libertatis.

1. *Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur (2).*

COMMENTARIUS.

1. *Cuique facere libet*] Differentia ab effectu sumpta. Effectus libertatis est facere quod libet: est enim potestas vivendi, ut velis, teste Cicerone in *Paradox.* & *1. off. cap. 21. n. 3.* Cæterum, quia hæc potestas partim vi impediti potest, partim legibus circumscripta est, additur exceptio: *Nisi si quid vi, aut jure &c.* qua exceptione significatur, duabus rebus, quominus faciamus quod libet, nos impediti, vi, & jure; neque tamen eo minus liberos esse. Finge igitur nos usu rerum nostrarum vi prohiberi, finge vinciri; facultatem faciendi hæc impediunt, libertatem non imminuunt. Sed neque eo minus sua cuique constat libertas, quod quædam facere legibus pro-

(1) L. 7. tit. 22. P. 4. l. 5. tit. 12. P. 5.

(2) L. 1. tit. 22. P. 4.

hibemur; nam quæ legibus & bonis moribus pugnant, ea ne facere quidem nos posse credendum est (3), ut præclare noster Papinian. *l. filius 15. de cond. inst.* & divine M. Tullius in *Cluentiana cap. 53. Legum*, inquit, *idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Quapropter obedientia, quæ legibus ultro præstanda ut omnibus libertas sit incolumis, non pugnat cum libertate, sed eminetur; quamvis coerceat atque in gyrum rationis actiones cohibeat, ne licentius evagentur.

TEXTUS.

Definitio servitutis.

2. *Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur (4).*

COMMENTARIUS.

1. *Constitutio juris gentium*] Causa pro effectu, res jure gentium constituta, non ordinatio aut pars constituens. Trojæ in hujusmodi verbalibus non inusitatus; sic enim & thesaurus dicitur depositio pecuniæ, *l. nunquam 31. §. 1. de adq. rer. dom.* pro pecunia deposita.

2. *Contra naturam*] Hoc est, contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt a natura. Nam servi natura, id est, citra factum ha-

(3) L. 3. tit. 4. P. 6.

(4) L. 1. tit. 21. P. 4.

humanum; aut primævo naturæ statu nulli sunt, l. 4. de just. & jur. l. quod attinet 32. de div. reg. jur. quanquam justitiæ naturali non repugnat, ex pactione aut delicto servum fieri. Quod vero Aristoteles lib. 1. *Pol. cap. 3. & 4.* scribit, servos quosdam nasci & natura esse; eo nihil aliud significat, quam quosdam, nempe ingenio tardos ac stupidos, corpore autem robustos, in hunc finem a natura productos videri, ut aliis, qui ingenio & ratione valent, serviant, subjectione scilicet œconomica, ad ministeria domestica explicanda: qua de re copiose & acute disse- rit clarissim. Heinsius in *epist. ad Georg. Richterum.*

TEXTUS.

Servi & mancipii etymologia.

3. *Servi autem ex eo appellati sunt, quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent, qui etiam mancipia dicti sunt, eo quod ab hostibus manu capiuntur (1).*

COMMENTARIUS.

1. *Ex eo appellati*] Eadem ratio nominis redditur a Florent. l. 4. §. 2. hoc tit. Pomp. l. pupillus 239. §. 1. de verb. sign. August. 19. de civit. Dei 15. Notat hinc Alciat. in d. l. 239. de verb. sign. non licere hostem, postquam captus est, seseque dedit, occidere, sed tantum arma adhuc

tenentem, neque se volentem dedere. In deditum autem sævire nefas esse, neque id bonos Imperatores unquam permisisse; quamvis plerique statuunt, etiam postquam captus est, seseque dedit, hostem jure occidi posse, donec intra præsidia nostra deductus sit: quia alioquin multa adhuc accidere possunt, ut iterum evadat, arg. l. in laqueum 55. de adq. rer. dom. Accuratius autem hac de re disputat D. Grot. lib. 3. de jur. bell. cap. 4. ubi multis adductis auctoritatibus ostendit, jure belli licere captos occidere, & quovis tempore; licere & eos, qui se dedere volunt, nec recipiuntur, imo & deditos sine ulla conditione.

2. Cum autem scriptores dicunt, id belli jure licitum esse, non intelligunt tale jus, quod a factum omni culpa liberet, sed facti impunitatem, ut si forte qui supplicem, aut se ultro deditum interfecerit, in alio territorio deprehendatur, tanquam homicida puniri non possit, nec bellum ipsi ab alio talis facti nomine ferri. Cæterum etsi impune id fiat, laudabile tamen natura non esse, actumque hujusmodi carere interna justitia; quoniam excedit modum lædendi naturaliter concessum; ideoque nec in foro animæ excusatum esse. Hinc Augustinum merito laudare Gothos, qui supplicibus, & in templis perfugientibus peperissent: *Illicitum sibi esse judicantes, quod belli jure fieri licuisset, lib. 1. de civit. Dei cap. 2.* De illo inter omnes convenit, eos, qui vitam salvam pa-

(1) D. l. 1. tit. 21. P. 4.

Et si sive in fidem recipiantur, nec exteriori jure trucidari licere. Porro de temperamento circa jus interficiendi in bello captos ad eund. Grot. *dit. lib. 3. cap. 11. & 14.* ubi & quid victori liceat secundum justitiam internam tractat.

3 Inter Christianos autem jus istud gentium de captivis non observatur; apud nos enim licet res aliæ ex hostibus captæ capientibus acquiruntur, homines tamen capti servi capientium non fiunt, nec vendi possunt, aut urgeri ad operas, aliave patienda, quæ servorum sunt. Mansit tamen inter nosmetipsos Christianos mos custodiendi captos donec pretio redimantur, cujus æstimatio in arbitrio victoris est, nisi aliquid conventum jam sit inter regna.

4, IN HISPANIA Mahumeda, ni, cæterique infideles, quos bello capimus, servi nostri fiunt, *l. 1. tit. 21. P. 4.* sicut & ipsi, nostrates, quos capiunt, in servitutem redigunt. Hæc tamen facti tantum est, prohibente nimirum ut juris sit *lege 8. eod.* quæ vetat Judæos, Mahumedanos, Hæreticos aut quoscunque alios, fidei catholicæ inimicos servum, Christianum habere. Cui consequens quod in *eod. l. 8.* traditur, servum scilicet infidelem domini infidelis liberum ipso jure fieri statim ac fuerit baptizatus, si nostram catholicam fidem amplectatur. Vide *d. l. 8.* ubi & quædam singularia traduntur de servo quem infidelis emerit ut eum vendat, & *D. Covar. cap. Pecuniam part. 2. §. 11. n. 6.* Vide

(1) *L. 1. tit. 21. P. 4.*

, etiam de servitute facti *§. 1. tit. 1. li sequentis.*

TEXTUS.

Quibus modis servi constituuntur.

4. *Servi autem aut nascuntur, aut fiunt: nascuntur ex ancillis nostris: fiunt, aut jure gentium, id est, ex captivitate, aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum sese venditari passus est (1).*

COMMENTARIUS.

I *Ex ancillis nostris*] Non ipsi tantum, qui capiuntur, servi fiunt; sed & posterij in perpetuum: nempe qui ex matre serva nascuntur. Et hoc est, quod Martianus dicit, jure gentium servos nostros fieri, qui ex ancillis nostris nascuntur, *l. 5. §. 1. hoc tit. (2).*

2 *Venditari passus sit*] Venditorem subornabant improbum, & has partes fabulæ lucri alicujus gratia peragentem; simulabat is se suum servum vendere.

3 Apud nonnullos usitata fuit voluntaria in servitutem datio, ut apud Germanos, qui novissimo alex jactu de servitute contendebant: *Victus voluntariam servitutem adibat*, ait Tacitus *de morib. Germ. cap. 24.* Possidonius autem Stoicus in historiis narrat, multos olim fuisse, qui suæ imbecillitatis conscii, sponte se aliis in servitutem darent, ut domini

qui-

(2) *L. 2. tit. 21. P. 4.*

quidem ipsis providerent de necessariis, ipsi vero operam vicissim quam possent, præstarent. Quæ res si ita accipiatur in terminis naturalibus nihil habet in se eximie acerbitalis, quoniam perpetua ista obligatio compensatur perpetua alimentorum certitudine, quam sæpe non habent, qui diuturnas operas locant.

4 Quærent autem hinc DD. an ubi servitus non agnoscitur, possit quis perpetuo se obligare ad sciendum alteri seu operas locare, quæ obligatio quædam servitutis species videtur. Respondent omnes, posse: sed cum facti hæc promissio sit, solvendo id quod interest, promissorem liberari, *l. 13. §. 1. de re jud. Adi de tota re D. Grot. lib. 2. de jur. bell. cap. 5.*

TEXTUS.

De liberorum & servorum divisione.

5. *In servorum conditione nulla est differentia: in liberis autem multæ; aut enim sunt ingenui, aut libertini.*

COMMENTARIUS.

I *Nulla differentia*] Servorum una conditio est, *l. 5. in pr. hoc tit.* id est, omnes æque servi sunt, nihilque interest utrum quis natus, an factus sit servus. Plane opere & ministeriis etiam servi inter se differunt: aliis enim honestior, ut atriensibus, dispensatoribus, ama-

nuensibus; aliis minus honesta provincia mandatur, ut mediastinis, focariis, *l. 15. §. itaque Prætor 14. de injur. l. 1. §. caupones 5. nau. caup. stab.* sed hoc cum totum sit arbitrii herilis, conditionem eorum non mutat. De variis servorum ministeriis & officiis scripsit Pet. Fab. *semestr. pag. 155.* & ex instituto Laur. Pignorius *de servis eorumque apud veteres ministeriis*, & Tit. Popma *de operis servorum.*

2 *In liberis multæ*] Nam primum interest, utrum quis natus, an factus sit liber, hoc est, utrum quis ingenuus sit, an libertinus: deinde, sui ne juris sit, an alieno juri subjectus: qui sui juris est, sit ne in tutela, vel curatione, an neutro eorum teneatur; quæ summa est eorum, quæ deinceps hoc primo libro tractantur.

3, IN HISPANIA sunt & aliæ liberorum differentia. Nam alij sunt Ecclesiastici, alij Sæculares, sive Laici. Et rursus ex Ecclesiasticis quidam sunt Regulares, qui nempe aliquam Religionem probatam professi sunt, & alij Sæculares dicuntur, quia inter hos morantur, nulli Religioni per tria vota adstricti. Unde hoc nomen *Sæculares*, dum latius sumitur, quoscunque non Regulares complectitur, etiamsi Ecclesiastici sint, qui ipsi non comprehenduntur sub eodem nomine, quando strictius capitur, tunc enim solos non Ecclesiasticos respicit. Insuper aliæ personæ sunt, nobiles, aliæ ignobiles seu plebejæ.

TITULUS QUARTUS.
DE INGENUIS.

Concord. Tit. 14. Cod. Lib. 7.

Sequitur subdivisionis supra positæ per definitionem partium explicatio; & primo ingenuorum hoc tit.

TEXTUS.

De ingenui definitione.

Ingenuus est is, qui statim ut natus est, liber est; sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex libertinis duobus, sive ex altero libertino, & altero ingenuo. Sed & si quis ex matre nascitur libera, patre vero seruo, ingenuus nihilominus nascitur: quemadmodum qui ex matre libera, & incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit, eum, qui nascitur, liberum nasci: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est. Ex his illud quasitum est, si ancilla pragnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Martianus probat liberum nasci; sufficit enim ei, qui in utero est, liberam matrem vel me-

(1) L. 2. tit. 21. P. 4.

dio tempore habuisse (ut liber nascatur), quod & verum est (1).

COMMENTARIUS.

I Antiqui ingenuos spuris opponere, eosque etiam patricios appellabant, quasi qui patrem ciere possent. Sic apud Livium lib. 10. cap. 8. ait Decius, patricium esse, qui patrem ciere possit. Cæterum etiam eos, qui liberi nascebantur, jam olim ingenuos appellatos fuisse, distinctos ab iis, qui facti erant liberi, ostendit locus Plauti in Milit. actu 4. sc. 1. vers. 15.

Quid? ea ingenua, an festuca facta e serua libera est? Atque hic hujus vocis apud Latinos usus est etiam in aliis rebus, quæ a natura sunt, & factitiis opponuntur. Ita Lucretius ingenuos fontes, Juvenalis ingenuum topium appellat. Ingenuus igitur homo proprie est: Qui nativam habet libertatem.

2 Matre libera] Partus extra nuptias conceptus matris conditionem sequitur, l. 24. de statu hom. Patrem sequi non potest, quia nullum habere intelligitur, cum is dumtaxat pater sit jure civili quem nuptiæ demonstrant,

l.

l. 6. de his qui sui, vel al. jur. sunt.

3 Liberum nasci] l. 5. §. 2. de stat. hom. Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur: quod partim ex ratione juris, partim propter favorem libertatis receptum est, Paul. lib. 2. sent. 24. Potest & in universum hæc ratio dari, quod is, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur pro jam nato habetur, l. 7. l. pen. d. tit. (1).

4 IN HISPANIA qui ex uno parente libero & altero seruo nascitur, matris conditionem sequitur quoad libertatem vel servitutem. Qui vero ex utroque libero, patris honores consequitur, l. 2. tit. 21. P. 4.

TEXTUS.

De servitute ac manumissione facti.

1. Cum autem ingenuus ali-

quis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, & postea manumissum esse: sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.

COMMENTARIUS.

I IN servitute] Aliud est in servitute esse, aliud servum esse, illud facti, hoc juris est. Sic aliud est in libertate esse, aliud liberum esse: aliud in possessione esse, aliud possidere, l. 10. §. 1. de acquir. pos. (2). Servus est: Qui justam servitutem servit; in servitute esse dicitur: Qui cum seruus non sit, pro seruo habetur, ut Pamphila in Eunuco. Terentii.

2 Natalibus] Id est, ingenuitati sive nativæ conditioni, quam non vitia vitia falsa servitutis opinio. Plures extant hac de re constitutiones sub tit. Cod. de ingen. manum.

TITULUS QUINTUS.

DE LIBERTINIS (3).

Summa tituli.

TEXTUS.

Definitio & origo libertinorum & manumissionis.

Libertini sunt: qui ex justa ser-

Pars altera subdivisionis, quæ ad libertinos pertinet: qui, quales sint, unde originem ducant, quibus modis ad hanc conditionem perveniant, & de diversa eorum qualitate, hoc tit. disputatur.

(1) L. 3. tit. 23. P. 4.

(2) L. 10. tit. 30. P. 3.

(3) Tit. 22. P. 4.

servitute manumissi sunt. Manumissio autem est, de manu datio: nam quantum aliquis in servitute est, manui & potestati suppositus est: & manumissus liberatur a domini potestate. Quae res a jure gentium originem sumpsit: utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita. Sed postquam jure gentium servitus ingenuitatem invasit, secutum est beneficium manumissionis: & cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera esse ceperunt: liberi, & his contrarium servi, & tertium genus libertini, qui desiderant esse servi.

COMMENTARIUS.

I *Libertini sunt*] Ex Cajo in l. 6. de stat. homin. Antiquitus libertinos dictos esse scribit Tranquillus in Claud. c. 24. non ipsos, qui manumitterentur, sed ingenios ex his procreatos. Ex quo loco duo praeterea colligas; nempe postea eos ipsos, qui manumitterentur, libertinos dici coepisse; & qui ex his procreati essent, ingenios. Notant hic plerique ex Laur. Valla lib. 4. cap. 1. differentiam esse inter voces *Libertinus*, & *Libertus*; illud esse relativum ingenui; hoc patroni; id est, voce *Libertinus* designari conditionem hominis ingenuitatis ex adverso oppositam: per *Libertus* autem significari privatum quandam respectum ad pa-

tronum, cujus libertus, non libertinus dicitur, qui manumissus est.

2 *Ex justa servitute manumissi*] Justa, id est, quae revera servitus sit, non opinione & errore tantum. Aliquando & sine manumissione dominorum servi libertatem recipiunt ex senatusconsulto, aut constitutione aliqua; exempla suppeditant tit. qui sin. man. ad lib. perv. & tit. C. pro quib. caus. serv. pro praem. lib. ac. (1). Generalius itaque definiti potuisset, libertinos esse: Qui desiderant esse servi, ut in calce hujus text. ex Ulpian. l. 4. de just. & jur. unde reliqua hujus loci descripta sunt.

3 *De manu datio*] Reponendum ex textu Florentino, *De manu missio*, id est, *Datio libertatis*, d. l. 4. de just. & jur. ut brevi sermonis compendio notetur definitio & nominis & rei. De manu enim est, de potestate domini, Lucan. lib. 1.

In manibus vestris, quaratus sit Caesar, habetis.

4 *Liberi*] Verbum hoc in fine textus idem significat ac ingenui; ut & in l. 4. de just. & jur. unde hic locus descriptus est; alioquin non tria, sed duo hominum genera esse coepissent, cum libertini etiam sicut liberi. Quod & alibi factum, l. ult. C. de patr. pot.

TEXTUS.

Quibus modis manumittatur.

1. *Multis autem modis manumittatur.*

(1) L. 3. & 4. tit. 22. P. 4. l. 45. tit. 5. P. 5.

numissio procedit: aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis Ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet voluntatem (1). Sed & aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quam ex nostris constitutionibus introducti sunt (2).

COMMENTARIUS.

I *Vindicta*] Virgulam esse scribit Boetius in Top. Ciceronis, quam licet jussu Magistratus manumittendi capiti imponebat: atque ab hac virgula hunc manumittendi modum appellatum. *Festuca* Plauto dicitur in Mil. glorios. actu 4. sc. 1. vers. 15. Alii hunc modum sic dictum malunt a Vindicio Vitelliorum servo, qui primus dicitur vindicta liberatus, eo quod conjurationem nobilium adolescentium de Tarquiniiis reducendis detexisset, auctore Livio lib. 2. cap. 5. Tenebat dominus modo caput, modo aliud membrum servi, dicebatque: *Hunc hominem liberum esse volo*, Festus in verb. *manumitti*; & cum dicto cum circumagebat significans, se ei potestatem facere abeundi quo vellet. Eo pertinent haec Persii Satyr. 5. vers. 75.

..... *Heu steriles veri, quibus*

una Quiritem

Vertigo facit.

Tom. I.

- (1) L. 1. tit. 22. P. 4. vers. E
puede dar.
(2) L. 3. cum seqq. cod.
(3) D. l. 3. cum seqq. l. 45.

Et paulo post, vers. 78.

*Verterit hunc dominus; momento
turbinis exit*

Marcus Dama.

Pluribus haec explicant Brissonius lib. 5. antiq. cap. 11. Sigonius lib. 1. de antiq. jur. civ. Rom. cap. 6.

2 *Aliis multis modis*] Praeter modos manumittendi recensitos in hoc textu, plerique enumerantur in d. l. un. §. 3. & seqq. C. de Lat. lib. toll. Adeant curiosiores tit. C. pro quib. caus. servi pro praem. lib. acc. ff. qui sine man. ad lib. perv. C. si man. ita ven. ne prostit. & si man. ita suc. alien. l. nemini 24. C. de episc. aud. (3).

3 Sed & sunt quaedam manumissiones tacitae, ut si dominus servum suum tutorem, vel heredem scripserit, aut adoptaverit, §. 2. tit. seq. §. 1. qui testam. tut. dari poss. §. ult. de adopt. aliaque plures quas congescit Gudel. lib. 1. de jure noviss. cap. 4. (4).

TEXTUS.

Ubi & quando manumitti potest.

2 *Servi vero a dominis semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur; veluti cum Praetor, aut Praeses, aut Proconsul in balneum, vel in theatrum eunt.*

Hic textus planus est.

F

TRX-

tit. 5. P. 5.

(4) L. 7. tit. 16. P. 6. l. 3.
tit. 3. cod. l. 5. 6. & 7. tit. 22.
P. 4.

TEXTUS.

De libertinorum divisione
sublata.

3. Libertinorum autem status tripertitus antea fuerat: nam qui manumittebantur, modo majorem & justam libertatem consequerentur, & fiebant cives Romani: modo minorem, & Latini ex lege Junia Norbana fiebant: modo inferiorem, & fiebant ex lege Ælia Sentia dedititii. Sed quoniam dedititiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abierat; Latinorum vero nomen frequentabatur; ideoque nostra pietas omnia augere, & in meliorem statum reducere desiderans, duobus constitutionibus hoc emendavit, & in pristinum statum reduxit. Quia & a primis urbis Romæ cunabulis una atque simplex libertas competeat, id est, eadem, quam habebat manumissor; nisi quod scilicet libertinus sit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones; per quas, suggerente nobis Triboniano viro excelso, Quæstore nostro, antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, & omnem, quæ circa eos fuerat, observantiam aliæ constitutione per eundem Quæstoris suggestionem correximus, quæ inter imperiales radiat

sanctiones: & omnes libertos (nullo, nec atatis manumissi, nec domini manumittentis, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicuti antea observabatur) civitate Romana decoravimus; multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civitate Romana, quæ sola est in præsentia, præstari.

COMMENTARIUS.

I Civitate Romana decoravimus] Justinianus nullam inter libertinos differentiam reliquit, sed eos omnes civitate Romana decoravit, quod quidem nondum erat effectum. Nam sacrosæ Antonini constitutio relata ab Ulp. in *l. in orbe* 17. *de statu hom.* qua omnes, qui in orbe Romano sunt, cives Romani dicuntur facti, ad eos tantum pertinet, qui natali solo & patria impediebantur quominus cives Romani essent; non ad illos quibus conditio personæ impedimento erat, quales libertini aliqui.

2. Et demum ipse Justinianus Imperator per *novel.* 78. libertinos exæquavit ingenuis, salvo tamen manente manumissori jure patronatus, quod positum est in obsequiis, operis, dono, munere, & successione libertorum, de quibus in *tit. ff. de jur. patron.* & aliquot *seqq. lib. seq.* (1).

3. IN HISPANIA quoque nulla est inter libertinos differentia, eosque leges Partitarum appellant *aforrados*.

TITULUS SEXTUS.

QUI, ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE
NON POSSUNT.

D. Lib. 40. Tit. 9. C. Lib. 7. Tit. II.

Argumentum tituli.

I Gitur quod ex superiore tit. intelligi potuit, cum varii sint manumittendi modi, eadem tamen omnium vis atque effectus est, ut omnes manumissi liberi fiant & cives Romani. At enim hac manumissionum omnium exæquatione nihil derogatum est legi Æliæ Sentia, quæ quibusdam ex causis libertatem impediebat; sed quibus ex causis illa eam impediebat ante hanc exæquationem, ex iisdem etiam nunc obstat, quominus manumissi liberi fiant. Causæ duæ duobus hujus legis capitibus, quæ hæc proponuntur & explicantur, comprehensæ; quorum primo cavetur: *Ne quis in fraudem creditorum manumittat, nisi forte servum unicum heredis habendi gratia*; altero: *Ne minoribus 20. annis aliter jus sit manumittere, quam justa causa apud consilium approbata*. Et totidem ergo erunt superioris regulæ exceptiones.

manumittere licet: nam is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit (1): quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.

COMMENTARIUS.

I Nihil agit] Nempe ergo ita manumissi liberi non sunt, & ratio additur, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, hoc est, liberos fieri prohibet, *l. in fraudem* 27. *qui & a quib. man.* sicut in universum quidquid lege prohibente sit, ipso jure nullum est, *l. non dubium* 5. *C. de legib.* Quamobrem cum legimus libertates per legem Æliam Sentiam rescindi aut revocari, ut in *l. 5. §. 2. d. tit. l. 1. C. qui man. non poss.* hoc minus proprie dictum accipiemus, & respectu actus manumissionis, qui non continuo & ab initio ipso jure nullus est, sed suspenditur, donec constet fraudati sint creditores, necne: & si fraudati sunt, utrum jure suo uti velint: nam si non sint fraudati, aut fraudati jure suo non utantur, actus validus est, & manumissi retro liberi facti intelliguntur: si fraudati sint, & jure suo utantur, peninde habetur ac

TEXTUS.

Prius caput legis Æliæ Sentia de manumittente in fraudem creditorum.

Non tamen cuiuscumque volenti

(1) L. 24. tit. 3. P. 6.

(1) L. 8. tit. 22. P. 4.

si nulla manumissio intervenisset. Quandiu autem hæc incerta sunt, scribit Paulus, manumissos vi ipsa statuliberos esse, *l. 1. de statulib.* Ipse autem manumissor & heredes ejus nullo colore libertatem revocare possunt, *l. 5. C. de servo. pig. dat. man. facit l. 3. qui & a quib. man.* His addi potest & peculiaris ratio, quod libertas, quæ semel competit, non revocatur, *§. semel 6. hoc tit. l. 9. §. 1. de man. vind.* Alia longe ratio est edicti quæ in fraud. cred. de quo late in *§. 6. de act. infra.*

TEXTUS.

De servo instituto cum libertate.

1. Licet autem domino, qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut liber fiat, heresque ei solus & necessarius, si modo ei nemo alius ex eo testamento heres extiterit: aut quia nemo heres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa ei heres non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est; & recte. Valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius heres extiturus non esset, vel servum suum necessarium heredem haberent, qui satisfactorius esset creditoribus; aut hoc eo non faciente, creditores res hereditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur (1).

(1) D. l. 24. tit. 3. P. 6.

(2) L. 21. d. tit. 3. P. 6.

COMMENTARIUS.

1 IN capite legis Æliæ Sentia: *Ne quis in fraudem creditorum manumittat*, nominatim additur hæc exceptio: *Nisi quis unum ex servis suis testamento liberum & heredem esse jusserit*; quod quamobrem a lege provisum sit, mox dicitur.

2 *Heresque ei solus*] Non quod necesse sit, solum eum heredem scriptum esse; sed si plures scripti sunt, cæteros deficere, & neminem alium heredem existere, ne ex secundo quidem gradu; utique libero homine substituto, *l. si is qui 57. de her. inst.* nam si & alter servus secundo loco scriptus sit, solus primo loco scriptus hereditatem capiet, *l. qui solvendo 60. d. tit.* Quid si duo servi eodem gradu instituti? Invicem sibi obstant. Cæterum altero ante apertas tabulas mortuo, is qui superest, liber & heres erit, *l. 42. & seq. eod.*

3 *Necessarius*] Ita dicitur, non quia hereditatem adire cogitur; sed quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & heres fit, *§. 1. infr. de her. qual. & diff.* ac proinde ipso jure (2).

4 *Valde enim prospiciendum erat*] Ratio exceptionis satis justa, videlicet, ut famæ defuncti parcatur, & auctionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, in heredem servum potius derivetur, qui duplici de causa hoc æquo

æquo animo ferre debet: Primum quia rem pretiosissimam & inæstimabilem, scilicet libertatem consequitur; deinde quia quidquid post mortem patroni sui acquirat, non est obnoxium creditoribus, si bonorum separationem petierit, quam impetrare potest, si bona defuncti non attigerit, *d. §. 1. Inst. de her. qual. & diff. junct. l. 1. §. ult. de separ.*

2 *IN HISPANIA* si bona testatoris, qui servum proprium heredem instituerat, solvendis, creditis, & legatis non sufficiant, quæconque instituti bona etiam post testatoris obitum quæsitæ, eorum solutioni erunt obnoxia, *l. 21. vers. E por tal, tit. 3. P. 6.* Dum autem in *l. 24. eod.* conceditur domino, qui non est solvendo, aliquos servos heredes instituere, non ita exaudiendum, quasi ita instituti possint simul libertatem consequi: sed eo duntaxat effectu, ut uno deficiente, alter qui remanet, liber & heres sit, ut jure Romanorum decimum extat in *l. 42. de her. inst.* Sane ut defuncti famæ parcatur, quod hujus juris ratio respicit, sat est unum heredem existere.

TEXTUS.

De servo instituto sine libertate.

2. Idemque juris est, etsi sine libertate servus heres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino, qui solvendo non est, seu generaliter con-

(1) L. 3. tit. 3. P. 6.

stituit nova humanitatis ratione, ut ex scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur: cum non sit verisimile, eum, quem heredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis donationem, servum remanere voluisse, & neminem sibi heredem fore (1).

COMMENTARIUS.

1 *NOVA HUMANITATIS RATIO*] Primus Justinianus generaliter constituit, ut servus a domino simpliciter heres institutus, & liber & heres fiat: veterum quidem, sed eorum paucorum sententiam secutus, quæ idcirco antea non obtinebat, *l. pen. C. de nec. serv. her. instit. junct. pr. infr. de her. instit.*

2 *Cum non sit verisimile*] Nam qui vult consequens, ut DD. hic notant, & in *l. 2. de jurisd.* etiam antecedens velle intelligitur, sine quo ad illud consequens perveniri non potest (2). Sunt qui & libertatem datum præsumi oportere ajunt, si quis Turcam vel Paganum baptizari jubeat. Sed doctæ hanc sententiam *singulari dissertatione de manumissione per baptismum* refellit celeb. Thomasius.

3, Quod ad HISPANIAM attinet, vide circa hanc Thomasiæ doctrinam ea quæ scripsimus in calce *§. 3. tit. 3.*

TEXTUS.

Quid sit in fraudem creditorum manumittere.

3. In fraudem autem creditorum

(2) D. l. 3.

rum manumittere videtur, qui vel jam tempore quo manumittit, solvendo non est; vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse (1). Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficient: sæpe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est, & consilio manumittentis, & ipsa re, eo quod bona ejus non sunt sufficientia creditoribus.

COMMENTARIUS.

1 **IN fraudem**] Descriptus hic locus est ex l. 10. qui & a quibus man.

2 **Desiturus est solvendo esse**] Ratio hujus in promptu est: quia solvendo esse nemo intelligitur, qui solidum, quod debet,olvere non potest, l. solvendo 114. de verb. sign. non potest autem, qui posse desit.

3 **Prævaluisse**] Nisi hæc duo concurrant, ut & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditores eventum, atque re ipsa fraudentur, libertas directo data non revocatur, d. l. 10. l. 1. C. qui man. non pass. in fideicommissaria solus eventus spectatur, l. ult. C. qui man. non pass.

(1) L. 7. tit. 15. P. 5. vers. Eso mesmo,

TEXTUS.

Alterum caput legis Æliæ Sentia de minore viginti annis.

4. Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium, justa causa manumissionis approbata, fuerint manumissio.

COMMENTARIUS.

1 **Alterum caput legis Æliæ Sentia** fuit: Minoribus 20. annis non aliter manumittere jus esto, quam causa justa apud consilium approbata, l. 1. de manum. l. 11. & seqq. de man. vind. Providere lex voluit, ne temere & sine certo animi iudicio servi libertate & civitate donarentur.

2 **Quam si vindicta**] Legendum cum Hotom. ex auctoritate librorum veterum: *Quam si dicta apud consilium justa causa manumissionis, approbata fuerit manumissio, & ita Theoph.*

TEXTUS.

Quæ sunt justæ causæ manumissionis.

5. Justæ autem causæ manumissionis sunt, veluti si quis patrem aut matrem, filium filiamve, aut fratres sororesve naturales, aut pædagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut

alumnium, alumnamve, aut colataneum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii habendi causa: dum tamen intra sex menses in uxorem ducatur, nisi justa causa impechat; & servus, qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem & septem annis manumittatur (1).

1 **HÆC** desumpta sunt ex l. 9. 11. & aliquot seqq. de manum. vind. & l. 21. qui & a quibus man.

2 **IN HISPANIA** doctrina hujus, text. exaudienda est de procuratore ad negotia, l. 1. tit. 22. P. 4. ibi: para facerlo procurador para recabdar sus cosas fuera de juicio.

TEXTUS.

De causa semel probata.

6. Semel autem causa approbata, sive vera sit, sive falsa, non retrahatur.

Textus iste planus.

TEXTUS.

Abrogatio posterioris capituli legis Æliæ Sentia.

7. Cum ergo certus modus manumittendi minoribus 20. annis dominis per Legem Æliam Sentiam constitutus esset, eveniebat, ut qui 14. annos expleverat, licet testamentum facere, & in eo sibi

(1) L. 1. tit. 22. P. 4.

heredem instituere, legataque relinquare posset; tamen, si adhuc minor esset 20. annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erit ferendum: nam cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat, & quare non similiter ei, quemadmodum alias res, ita & de servis suis in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut & libertatem eis possit præstare? Sed cum libertas inastimabilis res sit, & propter hoc ante 20. ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat: ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori 20. annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi 17. annum impleverit, & 18. attigerit. Cum enim antiquitas hujusmodi ætati & pro aliis postulare concesserit: & cur non etiam sui iudicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis, possint pervenire?

COMMENTARIUS.

1 **Nam cui totorum**] Argumentatur a majori ad minus, cui quod plus est licet, ei non debet quod minus est non licere, l. 21. de div. reg. jur.

2 **Ideo nos mediam viam eligentes**] Hinc inferunt, posse quandoque Judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere, Cujac. 17. ob. 21. Et sane causa anceps per mediocritatem optime dividitur, etiam Paulo teste in l. filio 7. ut legat. nom. cav. Sic cum de domi-

minio speciei ex aliena materia factæ dissensio inter Sabinum & Proculum esset, Cajus in l. 7. §. cum quis 7. de adq. rer. dom. mediam sententiam secutus est, eamque probavit Justinianus in §. cum ex aliena 25. infr. de rer. div. Et Tiberius Cæsar, cum servus ejus Parthenius tanquam in genuus heres scriptus esset, cum substituto Parthenii hereditatem divisit, l. & hoc 41. de her. instit. §. ult. infr. de vulg. subst. Videndum tamen semper est, quid suadeat ratio juris.

3 Nisi 17. annum] Jure no-

vissimo permittitur non minus libertates, quam res alias testamentis relinquere ea ætate, qua testamentum facere permissum est, masculis nimirum anno ætatis quatuordecimo, feminis duodecimo, Novel. 119. cap. 2.

4 IN HISPANIA domino majori 14. annis permittitur, servos, suos testamento manumittere: at inter vivos non aliter manumittere poterit, quam si 20. annis, excesserit; vel saltem 17. quando nempè justa manumissionis causa adest, l. 1. tit. 22. P. 4. ubi & justæ causæ rescensentur.

TITULUS SEPTIMUS.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDÆ.

Lib. 7. Cod. Tit. 3.

TEXTUS.

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis; quam quasi libertates impediendam, & quodammodo invidiam, tollendam esse censuimus; cum satis fuerat inhumani, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem; morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

COMMENTARIUS.

1 Certus modus] Id est, certus numerus defini-

tus erat, quem in manumittendo excedere non licebat: vide Ulp. tit. 1. Cajum lib. 2. tit. 1. Paul. 4. sent. 14. Ratio legis hæc fuit, ut ex Suetonio in Aug. cap. 40. intelligimus, ne concessa libera testamento manumittendi potestate, libertis sordidis hominibus civitas Romana contaminaretur.

2 Testamento] Cur non etiam inter vivos? Nimirum quia & sine eo scopum suum lex assequitur. Nam metuendum non est, ut vivi & valentes tam profuse liberales simus, ut ea faciamus, quæ mox morituri, cum rebus nostris jam non amplius uti nos posse credimus, libera litatis laudem tum

maxime venantes. Pertinet huc insignis locus apud Dion. Halic. lib. 4. pag. 228. ubi scribit: *Multos se vidisse, qui profusa honoris ambitione omnes servos suos testamento vel flagitiosissimos manumitterent, ut pileati funus sequerentur.* Atque hic fere mos est Legislatorum, ut ea sola prohibeant, quæ facile fieri posse existimant, non quæ difficulter, l. 4. in fin. ad senat. Vell. ubi eadem ratio redditur, cur Senatus intercessionem mulieris prohibuerit, non donationem; atque eadem ratione lex Julia fundum dotalem obligari vetat etiam consentiente muliere, non vero a-

lienari, pr. infr. quib. al. lic. 3 *Totam familiam*] Id est, omnes servos. Servos enim unius domini familiam Veteres frequenter appellant, ut in tit. si fam. furt. sec. l. pronuntiatio 195. §. 3. de verb. sign. Alias plerasque hujus vocis significationes habes in d. l. pronuntiatio.

4 *Morientibus adimere*] Argumentatio ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem, eaque certe non procedit, si legis Fusia spectemus rationem, quæ hæc est; quod facilius in testamento manumittimus, quam inter vivos, facit d. l. 4. in fin. ad senat. Vellejan.

TITULUS OCTAVUS.

DE HIS QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

D. Lib. 1. Tit. 6.

TEXTUS.

Altera divisio personarum.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quedam personæ sui juris sunt, quedam alieno juri subiectæ. Rursus earum, quæ alieno juri subiectæ sunt, aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum. Videamus itaque de his, quæ alieno juri subiectæ sunt. Nam si cognoverimus, quænam istæ personæ sunt, simul intelligemus,

Tom. I.

(1) L. 6. tit. 21. P. 4.

quæ sui juris sunt; ac prius inspiciamus de his, quæ in potestate dominorum sunt.

Textus iste planus est.

TEXTUS.

De jure gentium in servos.

1. In potestate itaque dominorum sunt servi (1): quæ quidem potestas juris gentium est; nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, domi-

G

nis in servos vitæ necisque potestatem fuisse: & quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiri.

COMMENTARIUS.

I **E**x quo jure servitus est, ex eodem & dominorum in servos potestatem esse, nemo est qui ambigat. Cæterum quod *hic* ex Cajo in *L. I. §. 1. hoc tit.* Justinianus refert, apud omnes gentes summum illud jus vitæ & necis in servos usurpatum fuisse, de aliqua parte accipiendum est, deque eo, quod impune in servos fit ex rigore juris gentium. Nam apud multos populos jus hoc usurpatum non fuisse, sed servos humaniter tractatos, ut apud Parthos, Germanos, nostrates Hispanos, ipsosque adeo Græcos, testes sunt Justin. *lib. 4. Tacit. de moribus Germ. cap. 25. Athenæus lib. 6. Bodin. r. de Rep. publ. 5. Grot. 3. de jur. bell. & pac. cap. 14.* Et agnoscunt omnes, multum distare id, quod impune in servum fit ex gentium jure, & id quod naturalis ratio fieri sinit. *Cum in servum*, inquit Seneca *1. de clem. 18. omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere commone jus vetet.* Et vero si natura inter homines omnes cognationem quandam constituit, *L. 3. de just. & jur.* consequens est, in hominem hominem servire, nefas esse; ac proinde alienum ab omni humanitate, quamvis servum, hominem tamen occidere, aut crudeliter tractare. Apostoli dictum est: *Domini, quod*

(1) *L. 7. tit. II. P. 4.*

justum est & æquum, servis prestate: scientes quod & vos Dominum habetis in Cælo, ad *Coloss. 4. vers. 1.* Immerito igitur Romani gloriati sunt, dominicam potestatem quatenus jus vitæ & necis continebat fuisse juris gentium. 2 *Quodcumque per servum acquiritur* (1). Hoc ut rationi juris gentium convenit (nam qui in aliena non tantum potestate, sed etiam dominio est, nihil proprium habere potest, de quo plenius in *§. item volis 3. instr. per quas pers. cuiq. acq.*); ita nihil admodum iniquitatis habet, quoniam dominus vicissim ad alimentata servo præstanda obligatus est.

TEXTUS.

De jure civium Romanorum in servos.

2. *Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in servos supra modum servire. Nam ex constitutione Divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam si alienum servum occiderit. Sed & major asperitas dominorum ejusdem Principis constitutione coercetur. Nam Antoninus consultus a quibusdam Præsidibus provincialium de his servis, qui ad ædem sacram, vel statuum Principum confugiunt, præcepit, ut si intolerabilis videatur servitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium domi-*

nis

De his qui sui vel alieni furis sunt.

nis daretur (1); & recte: expedit enim Republicæ, ne sua re quis male utatur. Cujus rescripti ad *Ælium Martianum missi verba sunt hæc*: Dominorum quidem potestatem in servos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jus suum detrahi: sed & dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui juste deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad sacram statuam confugerunt, & si vel durius habitos, quam æquum est, vel infami injuria affectos esse cognoveris, venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Quod si mæx constitutioni fraudem fecerit, sciat hoc me admissum adversus se severius executurum.

COMMENTARIUS.

I **R**efert *hic* Justinianus ex Cajo & Ulp. *L. I. & L. 2. hoc tit.* Antoninum Pium modum posuisse potestati dominicæ, qua plerique immoderate utebantur; quæ hujus potestatis moderatio ad jus naturæ sive internam justitiam jus illud exterius retraxit.

2 *Major asperitas* (2). Modica autem castigatio dominis permittitur, *L. un. C. de emend. serv.* & tamen circa pœnas minores, præta verbera, in servos adhibenda est æquitas, imo & clementia. Sic Apostolus *ad Ephes. 6. vers. 9.*

(1) *L. 6. tit. 21. P. 4. l. 3. tit. 5. P. 5.*

postquam servis imperat, ut dominis carnalibus obediant, cum timore & tremore, in simplicitate cordis sui; loquens de dominis, eis jubet, ut minas servis remittant, inquit: *Quia & illorum, & vester Dominus est in Cælis: & personarum acceptio non est apud eum.* Sed & operæ cum modo exigendæ sunt, & valetudinis servorum humanè habenda ratio, quod ipsum præter alia spectat lex divina in sabbati institutione: nimirum ut laboribus aliquod daretur spiramentum.

3 *Ad ædem sacram*] Ad fana seu templa, quo confugientes suspecti criminum capitalium receptabantur, Tacit. *3. annal. cap. 60.* quia ab his locis neminem eripere fas erat.

4 *Ad statuam Principum*] Statuæ etiam Principum his, qui ad eas confugissent, asyla fuere, *L. I. §. 1. de offic. Præf. urb. l. un. Cod. de his qui ad stat. Princ. conf.* Plura de statuibus & imaginibus Principum vide apud Brisson. *4. antiq. 11.*

5 *Vendere*] Nemo rem suam vendere cogitur, *L. invitum 11. C. de contr. empt.* (3) ac ne justo quidem pretio, *L. 9. de act. rer. amot.* nisi id exigat utilitas publica, quæ hujus regulæ generalis est exceptio. Causæ impulsivæ varix esse possunt; veluti ut tempore famis & annonæ caritatis cogantur divites & maxime negotiatores frumentum atque alia edulia justo pretio vendere, per *L. 1. §. cura 11. de offic. Præf. urb.*

G 2

(2) *L. 6. tit. 21. P. 6.*

(3) *L. 3. tit. 5. P. 5.*

l. ammonam 6. de extraord. crim. In servis hęc est justa deprecatio auxilii contra sævitiam dominorum. Est & favor libertatis, §. *ult. infra de donat.* Sed & favore religionis idem receptum, ut in specie *l. 12. in fin. de religios.* Vide Ant. Gom. hos casus perscrutantem 2. *var. cap. 2. n. ult.*

6 *Expedit enim Reipub.*] Est quidem unusquisque rei suæ moderator & arbiter, *l. in re mandata 21. C. mand.* in tantum ut etiam abuti possit, *l. sed etsi 25. §. consuluit 11. de her. pet.* Cæterum interest Reip. huic arbitrio modum a lege præscribi, ne privati fortunis suis abutendo, publico noceant. Accedit hęc conditio personæ, quæ licet fortuna servus, homo tamen est & jure naturæ domino æqualis. Nimirum Reipub. institutio id secum fert, ut dominium quoddam habeat superius singulorum dominio ad necessitates, aut utilitates publicas; quod Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. cap. 2. & in flor. spars.*

ad leg. Barbarius 3. de offic. Præt. appellat dominium eminens, & in hanc sententiam egregie disputat Plato *lib. 11. de legibus.* Hinc est, quod Princeps etiam de bonis subditorum disponere potest, dirigendo eorum usum ad publicam seu communem utilitatem, tuncque subditis damnum hac occasione illatum sarcit (1).

7, IN HISPANIA præ oculis, habenda est nova constitutio, seu Bulla Clementis XIV. data, die 12. Septembris anno 1772. qua Pontifex Regi nostro Carol. III. morem gerens, asyla coarctavit ad unam vel ad summum, duas Ecclesias seu loca sacra in, unaquaque civitate aut oppido, prout Ordinarius Ecclesiasticus, designaverit, ut in hoc Valentino Regno jam ante observabatur. In qua constitutione *alia Bullæ Greg. XIV. Bened. XIII. Clem. XII. & Bened. XIV. quæ quorundam delictorum reos a beneficio asyli excludere, recensentur.*

TITULUS NONUS.

DE PATRIA POTESATE.

Lib. 8. Cod. Tit. 47. (2).

Continuatio & Argumentum tituli.

I Sequitur pars altera divisionis initio *superioris tituli* traditæ, ad eos pertinens,

(1) *L. 31. tit. 18. P. 3.*

qui sunt in potestate patria. Potestas hæc tribus modis constituitur: justis nuptiis, legitimatione, ado-

(2) *Tit. 17. P. 4.*

COMMENTARIUS.

I *Nuptiæ sive matrimonium*] Promiscue fere vocabula, *nuptiæ & matrimonium*, usurpantur. Sæpe tamen nuptias cum dicimus, intelligimus festivitatem, & celebritatem nuptialis diei, ut in *l. pen. de don. int. vir. & ux. l. sancimus 24. Cod. de nupt.* Illud translaticium est, nuptias a nubendo dictas esse, eo quod olim novæ nuptiæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant, idque Festus, Nonius, & alii complures notant. Seneca in *Octavia* de Poppæa Neroni nubente v. 702.

Velata summum flammeo tenui caput.

2 *Conjunctio*] Hoc generis loci ponitur: & simul causam efficientem denotat, nempe consensus, qui ut rerum, ita & vitæ societatem efficit. Est quidem principalis matrimonii finis sobolis procreatio, quam sine corporum conjunctione habere non possumus; unde etiam inter eas personas, quæ ad eam rem inhabiles sunt, nuptiæ non consistunt, *l. si serva 39. §. 1. de jur. dot. (5).* Sed ad vinculum matrimonii consensu stabilitum nihil adjeicit, juxta tritum illud: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit, l. nuptias 30. de div. reg. jur. (6).* Qui priscorum ritus in nuptiis adhiberi solitos nosse cupit, legat Bris. *lib. sing. de rit. nupt.*

V7-

adoptione. Nuptiæ naturalem hujus potestatis causam continent, ideoque de hoc modo primo loco quaeritur; doceturque *hoc titulo*, quid sint nuptiæ: cujus juris sit patria potestas; qui quos in potestate habeant.

TEXTUS.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus (1).

COMMENTARIUS.

I *Ex justis nuptiis*] Nam, ut nuper diximus, liberi ex injusto matrimonio nati in potestate patris non sunt, *l. 11. de stat. homin. (2)*, adeoque nec patrem jure civili habere intelliguntur, sicut nec vulgo concepti, §. *pen. seq. tit.* Lege quidem naturæ matris conditionem sequuntur, ut scribit Jurisconsultus in *l. lex naturæ 24. d. tit.* Sed cum femine liberos in potestate non habeant, §. *femine 10. infr. de adopt.* sequitur, eos nec in potestate avi materni esse (3).

TEXTUS.

Definitio nuptiarum.

I. *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri & mulieris conjunctio, individuum vitæ consuetudinem continens (4).*

- (1) *L. 1. tit. 17. P. 4.*
 (2) *L. 2. eod. tit.*
 (3) *D. l. 2. in fine.*

- (4) *L. 1. tit. 2. P. 4.*
 (5) *L. 6. tit. 2. P. 4.*
 (6) *L. 5. eod. l. 4. tit. 1. d. P. 4.*

3 *Viri & mulieris*] Nam duorum ejusdem sexus conjunctio de testanda est, & lege Dei, lege naturæ, legibus omnium gentium damnata. Ait, *mulieris*, ad excludendam polygamiam, id est, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: nam successive plures uxores habere, aut quod idem est, matrimonio per mortem alterius soluto, aliam ducere, prohibitum non est. Igitur apud Romanos vetitum fuit, plures uxores eodem tempore habere, idque divinæ simul ac naturali legi convenienter: quia etsi non adversetur primis principiis, seu juri gentium primario, adversatur tamen secundario, conclusionibus nempe ex principiis deductis. Cum autem jus gentium secundarium non sit penitus immutabile, ut diximus §. 1. *de jur. nat. gent. & civ.* nihil mirum quod nonnulli antiqui Patres, ut Abraham, Jacob, & David polygami fuerint; quia illi vel ex revelatione, & dispensatione divina in polygamiam consenserunt, vel quia invaluit tunc licita consuetudo plures accipiendi uxores, Innoc. III. in *cap. 8. de divort. Div. August. lib. 22. contr. Faust. c. 47.*

4 *Individuam*] Verbum hoc *individuam*, duobus modis accipitur: uno modo pro eo, quod commune adhuc est atque indivisum; quo sensu *individua* hereditas dicitur a Modestino, *l. sine 32. §. Lucius 6. de adm. tut.* & a Paulo *individuum* curæ officium, *l. Lucius 46. §. 1. eod.* Altero mo-

do pro eo, quod dividi non potest; ut cum servitutes, obligationes, stipulationes individuas dicimus. Atque utraque significatio huic loco convenit; prima quidem simpliciter, ut ex iis; quæ mox dicemus, patebit; altera secundum quid, videlicet respectu aliarum conjunctionum & societatum, quæ facile dividi, hoc est, separari & pro arbitrio unius dissolvi possunt. Neque enim nuptiis passim renuntiare licet (1); adeoque Imperatores Christiani non nisi ex gravissimis causis divortia admittunt, *l. 8. C. de repud. nov. 117. cap. 8. & 9.* Dicit etiam potest, conjugale vinculum ex proposito & voto contrahentium perpetuum atque individuum esse, licet ex accidenti aliquando contingat separatio (2), quod in definitione considerandum non fuit.

5 Quod si hæc res ad primam matrimonii institutionem, & ad eam, quam hic Deus sibi partem vindicat, exigatur, multo justius hæc conjunctio dicetur individua. Nam, ut Christus nos docet, initio conjugium sic a Deo institutum est, ut indissolubile esset. Et Deus interveniens personas conjungit, homo separare non debet, *Matth. 19. (3)*; quo etiam loco, & *Matth. 5.* prohibentur omnia divortia, præterquam quæ ex causa adulterii fiunt: de quo vide Sacræ Scripturæ Interpretes. Apud Romanos a condita urbe usque ad annum 520. nullum intervirum & uxorem divortium inter-

(3) *l. 3. eod. vers.* E el otro bien.

(1) *l. 7. tit. 2. P. 4.*

(2) *D. l. 7. vers.* E como quier.

cessisse, testes sunt Dionys. Halic. *lib. 2. Val. Max. lib. 2. cap. 1. Gell. lib. 4. cap. 3.* Primus Sp. Carvilius Romæ uxorem sterilitatis causa dimisit, ut iidem restantur. Procedente tempore divortia passim & sine ulla causæ redditione permessa, sed viris duntaxat, ut arguit locus Plauti in *Mercat. act. 4. sc. 6.* Tandem etiam uxoribus, ut constat ex *tit. de divort. & repud. Juvenalis Satyr. 6.* notat mulierem, quæ crebro divertendo, intra quinquennium octies viros permutaverat.

6 Nuptias honestatis causa præcedere solent sponsalia, ita dicta a spondendo, quia moris fuit veteribus stipulari & spondere sibi uxores futuras, *l. 2. de spons. Gell. lib. 4. cap. 4.* unde etiam sponsi sponsæque appellatio nata est, *l. 3. eod.* Sunt autem sponsalia, ut Florentinus definit: *Mentio & repromissio futurarum nuptiarum, l. 1. eod. (1).*

7 IN HISPANIA divortia non fiunt nisi ex certis causis ab Ecclesia probatis, de quibus late agunt Interpretes juris canonici, ad quod hoc argumentum præcipue spectat: agitur tamen de eo *tit. 10. P. 4.*

TEXTUS.

Qui habent in potestate.

2. *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.*

(1) *l. 1. tit. 1. P. 4.*

I Certum est, Justinianum hoc loco distinguere voluisse patriam potestatem a dominica, idque a causa efficiente. Nam §. 1. *præced. tit.* dominicam dixit esse juris gentium: *hic* patriam dicit esse propriam civium Romanorum. sive juris civilis, mixti scilicet: nam origo ejus non ex alio jure, quam ex quo matrimonium, quod prima & antiquissima paterni imperii causa est; nimirum marito ut capiti familiæ, naturæ lege atque ordine competit imperium in omnem familiam, in uxorem, in liberos, in servos; quamvis non eodem imperii genere omnibus imperet. Nam, ut recte & naturali rationi convenienter docet Aristot. *1. Pol. c. 1. & 8. Ethic. 12.* neque maritus uxorem, neque pater liberos servilli imperio regere debet: sed uxorem *civiliter*, id est, ut in Optimatum Republ. Magistratus cives suos; liberos autem, *regiè*, hoc est, ut Rex subditos; quos ut Rex amat, & ut ad eorum utilitatem omnia dirigit, ita & liberos ex se genitos amat pater, curam eorum gerit, iisque prodesse omnibus modis studet. Itaque patria potestas simpliciter & in genere considerata juris gentium est, adeoque dominica antiquior, & tanto antiquior, quanto matrimonium antiquius est bellis & servitutibus. Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit, ait Plinius in *Paneg. Traj.*

At

2 At considerata in specie & definite secundum leges & mores Romanorum, civilis est. Esse autem hanc etiam mentem Justiniani, verba hujus §. non obscure ostendunt. Nam hoc ipso quod ait, nullos alios homines *talem potestatem in liberos habere, qualem cives Romani habent*, satis significat, etiam alios homines habere potestatem in liberos, quamvis talem fortassis nulli habeant.

TEXTUS.

Qui sunt in potestate.

3. Qui igitur ex te & uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo & uxore ejus nascitur, id est, nepos tuus & neptis, æque in tua sunt potestate; & pronepos & proneptis, deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt, sed in patris eorum (1).

COMMENTARIUS.

I Qui ex filio tuo] l. 4. de his qui sui vel alieni

jur. Ratio perspicua est. Quia in familia avi paterni nascitur: omnes autem, qui sunt ejusdem familiæ, subjecti sunt familiæ principi, qui hic est filii pater: & qui est in potestate alterius, alium in sua potestate habere non potest, l. sic eveniet 21. ad l. Jul. de adult. l. 5. ff. de his qui sui vel alieni jur.

2 Qui autem ex filia tua] Nati ex filia mea; non in mea, sed in patris sui potestate & familia sunt, l. cum legitima 19. de stat. hom. l. familiæ 196. §. 1. de verb. sign. (2). Unde quia mulier familiam suam non propagat, familiæ suæ finis dicitur, l. pronuntiatio 195. §. ult. eod.

3, IN HISPANIA qui nascuntur ex filio tuo non sunt in potestate tua, sed in patris eorum, quia is per matrimonium a tua potestate fuit liberatus, sui que juris effectus. Non sunt, igitur apud nos nepotes in potestate avi sui. Hoc tamen ita, si nuptiæ fuerint benedictæ, de quo plura loquemur tit. quib. mod. jus patr. pot. solv. in fine.

TITULUS DECIMUS.

DE NUPTIIS (3).

D. Lib. 23. Tit. 2. C. Lib. 5. Tit. 4. Novell. 74.

Ratio ordinis & Argumentum tituli.

I Etsi superiore titulo de nuptiis dici cœptum est, ut primo & præcipuo modo constituendæ patriæ potestatis;

(1) L. 1. & 2. tit. 17. P. 4.

(2) D. l. 2. in fin. tit. 17. P. 4.

(3) Tit. 2. P. 4. & tit. 1. lib. 5. Recop.

COMMENTARIUS.

tis; tamen cum ex iis, quæ ibi dicta sunt, nondum intelligamus quæ sint justæ nuptiæ, ex quibus nati demum sunt in potestate patris, ideo ejus rei tractatio hoc loco subjicitur, doceturque, ad justas nuptias quæ res exigantur, quæ personæ, & quibus matrimonium jungi non possint, quæ poena efficiantur qui adversus præcepta legum coeunt. Ad extremum & alius constituendæ patriæ potestatis modus explicatur, quem Legitimationem nunc vulgo appellamus.

TEXTUS.

Qui possunt nuptias contrahere.

Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viri potentes, sive patres familiarum sint, sive filii familiarum; dum tamen, si filii familiarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt: nam hoc fieri debere, & civilis & naturalis ratio suadet in tantum, ut jussus parentis præcedere debeat. Unde quæsitum est, an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit. Cumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filie furiosi, filium quoque furiosi posse & sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundum datum ex nostra constitutione modum.

Tom. I.

(1) L. 6. tit. 1. P. 4.

I Justas] Justi variæ sunt pro adjuncto significantiones. Hoc loco justum idem significat, quod legitimum: & justæ dicuntur nuptiæ, quæ secundum jura civitatis Romanæ inter puberes cives contrahuntur; eodem sensu, quo justum matrimonium in l. unic. unde vir & uxor. Sic justi liberi dicuntur legitimi, ad differentiam naturalium duntaxat, & vulgo quæsitorum, l. 5. §. pen. l. 11. l. 12. de stat. hom. justus pater ad differentiam naturalis, l. 44. §. 3. hoc tit. justa uxor, l. 31. eod. quæ legitima in l. 4. eod. In genere autem justæ nuptiæ habendæ: Quæ secundum cujusque populi instituta contrahuntur.

2 Cives Romani] Igitur cum servis, Latinis, peregrinis, deportatis connubium non erat apud Romanos, Ulp. frag. tit. 5. §. 4. l. 3. C. de inc. nupt. Cic. in Top.

3 Masculi quidem puberes] Romani ea demum ætate civibus suis matrimonia permiserunt, quæ natura apta esse creditur ad generandum, maribus nempe post annum decimum quartum, feminis autem biennio maturius (1), quia post annum duodecimum virum patiri posse creduntur, l. 4. hoc tit. cujus diversitatis si quis rationem quærat, adeat Aristot. 4. de gen. anim. cap. 6. Macrobr. 7. Saturn. 7. In sponsalibus ætas definita non est: quapropter & a primordio ætatis sponsalia effici possunt, modo utraque persona sit infante ma-

H

por,

58
 jor, l. in sponsal. 14. de sponsal. (1), a quibus tamen facti puberes libere recedere possunt, cap. 7. & 8. *de despons. impub.*

4 *Consensum habeant parentum, quorum in potestate*] Jure civili in nuptiis requiritur consensus eorum qui coeunt, tum parentum, si quos habent, quorum sunt in potestate, l. 2. *hoc tit.* quod etiam in sponsalibus observatur, l. 7. l. 11. cum *seqq. de sponsalib.* Nuptiæ itaque sine consensu coeuntium non consistunt, sicut nec alius ullus contractus sine consensu intelligi potest, l. 1. §. 2. *de pact.* (2). Quid ergo si error intervenit? Distinguendum est: nam si talis sit error, qui consensum impedit, puta si quis erret in persona, putans Titiam esse, cum qua contrahit, cum sit Sempronia; hic error matrimonium vitiat, argum. l. si per errorem 15. *de juris dict.* l. 9. *de contr. empt.* (3). Nam quod Jacob Liam pro Rachele suppositam retinuit, in eo non est usus summo jure, cap. quod autem caus. 29. *quæst.* 1. Lombard. 4. *dist.* 30. At si circa accidentalalia tantum erratum sit, verbi causa, si pauper est, quæ dives dicebatur; si capitosa, quæ morigerat; si plebeja, quæ nobilis credebatur &c. quoniam hæc vel adesse, vel abesse possunt salvo matrimonio, & hic in re ipsa justus consensus est, ratum erit matrimonium, d. cap. quod autem in fin. (4). Co-

(1) D. l. 6.

(2) L. 2. tit. 1. P. 4. l. 5. tit. 2. eod.

(3) L. 10. tit. 2. P. 4.

varr. *de matr. p. 2. c. 3. §. 6. n. 2.*

5 Consensus in hoc contractu etiam plane liber esse debet, l. 11. l. 14. *C. hoc tit.* Ideoque matrimonium per vim aut justum metum initium, ipso quoque jure nullum est, d. l. 14. cap. significavit 2. *de eo qui dux. in matr. cap. 14. & seq. de sponsal.* (5). Plane metus reverentialis sive obsequium reverentiæ paternæ debitum, a quo absunt verbera, vincula, minæ, matrimonium non impedit, uti nec consensus, l. si patre 22. *hoc tit.* l. 7. l. 12. *de sponsal.* Covarr. *de matr. part. 2. cap. 3. §. 6. num. 3.* quod tamen alii examinant.

6 Synodus Tridentina *sess. 24. cap. 1. de reform. matr.* anathemate damnavit eos, qui consent, nuptias a filiisfam. sine consensu parentum contractas irritas esse, aut parentes eas ratas, irritasve facere posse, dummodo coram proprio Parocho, & duobus saltem aut tribus testibus celebratæ fuerint, sine quibus matrimonium clandestinum & irritum pronuntiatur, ut latius declaratur *ibid.*

7 *Ex nostra constitutione*] Hæc est l. 25. *C. hoc tit.*

8, IN HISPANIA jus a Tridentina Synodo statutum *d. sess.* 24. servamus, cum matrimonium, non tantum ut contractum, sed etiam ut sacramentum merito consideremus: & verum matrimonium inter servos agnoscitur, l. 1. *tit. 5. P. 4.*

TEX-

(4) D. l. 10. in fine.

(5) L. 15. tit. 2. P. 4. *vers.* La setena.

TEXTUS.

De parentibus & liberis.

I. Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam a quarundam nuptiis abstinendum est; inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt: veluti inter patrem & filiam, vel avum & neptem, vel matrem & filium, vel aviam & nepotem, & usque in infinitum. Et si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc ad eo vera sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse ceperint, non possint inter se matrimonio jungi: in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia, vel neptis esse ceperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris (1).

COMMENTARIUS.

I Hoc §. & *seqq.* personæ recensentur de quibus dubitari potest an inter eas nuptiæ consistant. Nam quædam jure prohibentur inter se nuptias contrahere. Ut autem prohibeantur, fere fit ob turpitudinem conjunctionis, quæ turpitudine vel est a cognatione contrahentium, vel ab affinitate. Cognatio triplex est: mere naturalis; mere civilis; & mixta. Naturalis tantum est: Quæ

(1) L. 7. tit. 7. P. 4. *vers.* Ca el Padre.

illegitimo coitu contrahitur (2); civilis duntaxat: Quæ per adoptionem constituitur; mixta est: Quæ inter eos versatur, qui ex justo matrimonio procreati sunt, utroque videlicet jure concurrente, l. 4. §. 2. *de grad. & affin.*

2 Sed & alia insuper cognatio est, quam juris canonici Auctores spiritualement dicunt, & oritur ex baptismo, & confirmatione. De ea ex professo agitur *lib. 4. tit. 11. Decretal.* & in Synodo Tridentina *decr. de reform. matrim. sess. 24. cap. 2.* Eam, quatenus ex baptismo nascitur, expresse probat Justinian. in l. si quis 26. *C. hoc tit. circa fin.* Introducta fuit ad exemplum cognationis legalis. Sicut enim per adoptionem adoptatus censetur filius ejus, qui adoptavit: ita & baptizatus illius, qui eum ex baptismo suscepit. Vide, si placet, D. Covarr. *de matr. part. 2. cap. 6. §. 4.* Van Espen in *jur. ecclesiast. univ. part. 2. tit. 11. cap. 6.* Ea nuptiis impedimento quoque est, ut cognationes cæteræ, ceu patet ex d. l. 26. *C. hoc tit.* quod & *infra* §. 11. *hoc tit.* tractamus.

3 Ut autem prohibitiones ob turpitudinem conjunctionis plenius intelligantur, sciendum imprimis est, quid sit linea cognationis, quæ nihil est aliud quam: *Series personarum, quarum una ab alia, vel utraque ab eodem stipite descendit*: hinc duæ sunt illius species, recta una, transversa altera.

4 Recta, seu perpendicularis illa

(2) L. 13. tit. 2. P. 4.

illa dicitur: *In qua sunt personæ, quarum una descendit ab alia.* Et duplex est, ascendentium nimirum, in qua sunt parentes; & descendentium, in qua sunt liberi. Linea transversa, quæ etiam lateralis seu collateralis appellatur, illa est: *Quæ eos complectitur, qui ex latere veniunt*, qui scilicet, etsi ab eodem stipite descendant, non tamen unus ab alio (1). Quæ etiam duplex est, æqualis, vel inæqualis. Prima est eorum, qui pari gradu distant a communi stipite, ut sunt duo fratres. Inæqualis vero illorum, qui inæquali gradu ab eodem stipite dissident, ut patrus, & fratris filius.

5 *Parentum liberorumve locum*] *l. nemini 17. C. hoc tit.* Commodius dixisset, *inter parentes & liberos*: nam & patris & avunculi etiam parentum locum obtinent, *l. sororis 39. hoc tit.* Hæc autem prohibitio in linea recta in infinitum est, *hoc textu.*

6 *Nefarias atque incestas*] In summo scilicet gradu. Nam in his tanta est turpitudine & foeditas, ut natura omnes a tali conjunctione abhorreant, & sua ipsorum conscientia redarguantur necesse sit, qui hæc naturæ jura violant. Cæterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestæ, hoc est, incestæ & pollutæ (si Isidoro *lib. 5. cap. 26.* credimus) dicuntur, *l. sororis 39. §. 1. l. etiamsi 56. eod. tit. Cod. de incest. nupt.*

7 *Quamvis per adoptionem*] Respectu quoque cognationis me-

re civilis inter parentes & liberos nuptiæ prohibentur, measque esse existimatur, eam uxorem ducere, quæ per adoptionem filianepitise esse cœperit; in tantum, ut etsi per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem juris maneat, *l. quin etiam 55. hoc tit. (2).* Nec id mirum videri debet, quamvis omnia adoptionis jura per emancipationem solvantur, *l. in omni 13. de adopt.* Nam in nuptiis semper etiam pudoris & reverentiæ ratio habetur, *l. adoptivus 14. §. 2. hoc tit.* Patris autem persona tam sancta & reverenda filiæ esse debet, ut ad impediendas nuptias sufficiat aliquando patrem fuisse.

TEXTUS.

De fratribus & sororibus.

2. *Inter eas quoque personas, quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem sororemque nuptiæ prohibitiæ sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ab altera eorum. Sed si quæ per adoptionem soror tibi esse cœperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te & eam nuptiæ consistere non possunt; cum vero per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere: sed & si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis (3). Et ideo constat, si quis generum ad-*

el Padre.

(3) *D. l. 7. in fine.*

adoptare velit, debere eum antea filiam suam emancipare, & si quis velit nurum adoptare, debere eum antea filium suum emancipare. dam & filiam, hic nullus est.

TEXTUS.

De fratris & sororis filia, vel nepte.

COMMENTARIUS.

I *Inter fratrem & sororem*] In linea transversa æquali unus tantum gradus jure civili prohibitionem habet, nimirum fratrum & sororum nuptiæ, *l. nemini 17. C. hoc tit.* quas etiam a Deo interdictas non uno loco reperimus, *Lev. 18. vers. 9. & 20. vers. 17. Deuter. 27. vers. 20.* An autem hæc interdictio moralis sit, perpetuamque & naturalem causam prohibitionis contineat, ad Theologos spectat tractare.

2 *Sive ab altero eorum*] In nuptiis utrum frater sit germanus, an consanguineus, vel uterinus duntaxat, nihil interest, *Lev. 18. a vers. 9.* imo nec vulgo quæsitam sororem ducere licet, *l. 54. ff. hoc tit.*

3 *Quamdiu constat adoptio*] Per adoptionem quæsitam fraternitas eo usque impedit nuptias, donec manet adoptio, aut naturalis filius in potestate. At si pater, vel me in potestate retento, filiam quam adoptaverat emanciparit, vel me emancipato, illam in potestate retinuerit, possumus matrimonio jungi, *l. per adoptionem 17. hoc tit. (1):* vinculo agnationis, quæ sola hæc nuptias impedit, per emancipationem soluto. Nam reverentiæ & honestatis respectus, qui dissoluta adoptione adhuc manet inter patrem quon-

3. *Fratris vero, vel sororis filiam uxorem ducere non licet: sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, quamvis quarto gradu sint; cujus enim filiam ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus vero mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam non videris prohiberi uxorem ducere: quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur (2).*

COMMENTARIUS.

I *Ejus vero ... quia neque naturali, neque civili*] Non naturali, quia cognata mea non est, cum adoptio non tribuat jus sanguinis: non civili, quia avunculus nemo fit per adoptionem, *l. 12. in fin. eod.* Quippe per adoptionem cum iis tantum personis necessitudo contrahitur, quæ si sanguine nos contingerent, nobis agnatæ essent; *l. per adoptionem 23. de adopt.* qualis non est avunculus. Cætera quæ in *textu* plana sunt.

TEXTUS.

De consobrinis.

4. *Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris*

(1) *L. 7. tit. 7. P. 4. vers. Otrósí.* (2) *Arg. l. 8. tit. 7. P. 4.*

& sororis, conjungi possunt.

COMMENTARIUS.

I Redit ad lineam transversam æqualem, in qua dicit, eos, qui in quarto gradu sunt, facta computatione civili, conjungi posse; nimirum fratris & sororis liberos: idemque traditur in l. 3. hoc tit. l. celebrandis 19. C. eod. scilicet quia hic cessat ratio, ob quam prohibeor neprem fratris ducere, quod ego illi parentis, illa mihi filix loco sit.

2 Monet hic locus, ut discrimen dinumerationis graduum, quod est inter jus civile & canonicum, obiter explicemus, quippe quod ad causas matrimoniales solum pertinet; nam in successionebus civilem computationem sequatur (1) etiam in terris Ecclesie, teste Schneid. hic & Talden. ad tit. Inst. de grad. cogn. Jure civili generata persona gradum adjicit, ut tot eo jure sint gradus, quot sunt generationes, §. hactenus 7. Inst. d. tit. In linea recta aut ascenditur, quæ idcirco ascendit appellatur, ordinemque parentum complectitur: aut descenditur, quæ dicitur descendit, & ordinem comprehendit liberorum (2). In linea transversa seu collateralis primus ascenditur, deinde descenditur. Exempli gr. ego genitus sum a patre meo: ecce unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum: ecce alterum; un-

(1) L. 3. tit. 6. P. 4. vers. E la razon.

(2) L. 2. tit. 6. P. 4. vers.

de consequitur, fratres duobus gradibus inter se distare jure civili. Pari ratione si quæras, quot gradibus a te distet patruus tuus, ascende primum ad avum vestræ cognationis communem auctorem, deinde iterum descende ad ejus filium, qui est patruus tuus, & comperies eum tribus gradibus a te distare: & ita deinceps. Latius hæc declarantur in tit. Inst. de grad. cognat.

3 Jus autem Pontificium aliter gradus dinumerat, cap. ad sedem 35. quæst. 5. Cujus juris regulæ sunt. 1. In linea ascendentium & descenditium quot sunt personæ, una dempta, tot gradus: quæ computatio in hac linea a computatione juris civilis in hoc tantum differt, quod canones personas numerant, jus civile generationes. 2. In linea transversa æquali, quot gradibus alter distat a communi stipite, totidem utriusque inter se distant (3). Exempli gr. frater & soror distant inter se hoc jure uno tantum gradu: quia uno gradu distant a communi parente: & consobrinus ista computatione mihi est secundus, quia ab avo, qui communis utriusque nostrum fons est & origo, secundus numeror. 3. In linea transversa inæquali, quo gradu distat remotior a capite, eo gradu distant inter se. Igitur fratris mei filius secundo gradu a me abest, quia ille a patre meo avo suo duobus gradibus dissidet: & nepos fratris mei tertio, quia

La primera.

(3) Vid. regulas post leg. 2. tit. 6. P. 4.

a patre meo ipse tertius est (1). quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

TEXTUS.

De amita, matertera, amita magna, matertera magna.

5. Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet. Item nec materteram: quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam, & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

Hujus §. ratio in ipso textu traditur, eadem scilicet, quæ impedit nuptias cum fratris & sororis filia vel nepte: de quibus supr. §. 3.

TEXTUS.

De affinibus.

6. Affinitatis quoque veneratione a quarundam nuptiis abstinere necesse est; ut ecce, privignam, aut nurum ducere non licet, quia utraque filix loco sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus, aut privigna tua (2). Nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris: quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est; ideo eam uxorem ducere non poteris,

(1) Vid. exempla in l. 4. tit. 6. P. 4.

(2) L. 5. tit. 6. P. 4.

COMMENTARIUS.

I Hactenus de nuptiis, quæ propter cognationem prohibentur. Cognationis simulacrum quoddam est affinitas: cuius ea etiam vis est, ut quosvis affines quibusvis jungi, naturæ honestas non patiat. Sunt autem affines: Viri & mulieris cognati, dicti ab eo, quod duæ cognationes; quæ inter se diversæ sunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit, l. 4. §. 3. de grad. & aff. fin. (3), ubi nomina quoque affinium peculiaria recensentur.

2 Gradus affinitatis proprie nulli sunt, quia affines ab affinibus non generantur, d. l. 4. §. 5. nihil tamen prohibet, quominus quasi quosdam gradus affinium numeremus; sic enim & Paulus loquitur in l. 10. pr. d. tit. dicamusque, quo gradu quispiam est cognatus marito, eo gradu esse affinem uxori & quasi cognatum, & contra.

3 Nascitur affinitas ex unionem viri & uxoris, qui cum matrimonio juncti unum fiant, necesse est vinculo isto etiam utriusque cum iis connecti ipsorum cognatos, eodemque gradu, quo quis cognatus est marito, fieri uxori affinem & quasi cognatum: & ex contrario, quo gradu quis uxori cognatus est, eodem fieri affinem & quasi consanguineum marito (4).

exem-

(3) Vid. regulas post leg. 2. tit. 6. P. 4.

(4) L. 5. tit. 6. P. 4.

exempli gratia : in linea recta quia uxor mea uno gradu distat a patre suo , ab avo duobus , ego quoque a socero uno gradu , a proscero duobus distabo : idemque de cæteris tum ascendentibus , tum descendentibus statuendum. In linea transversa quia maritus a fratre suo duobus gradibus distat , totidem distabit uxor a leviro. Quod ipsum quoque dicendum est de glorie , sororio , fratria. Item quia uxor mea a patruo suo vel avunculo tribus gradibus dissidet , ego quoque a soceri fratre vel sorore totidem gradibus abero ; & sic deinceps (1). Videamus nunc quinam gradus affinitatis prohibiti , & an eadem omnes , qui & cognationis.

4 In linea recta eadem jure civili prohibitio in affinitate , quæ in cognatione. Itaque nec socer narum , nec socrum gener , nec vitricus privignam , nec privignus novercam ducere potest , l. 14. §. ult. hoc tit. l. nemini 17. C. eodem , quod & Justinianus hoc & seq. §. docet , prohibitionis hanc rationem afferens , quod invicem parentum & liberorum loco sunt : cui proinde consequens est , nec inter proscerum & pronurum , nec inter vitrici patrem & propri-vignam , & sic porro , nuptias licitas esse , d. l. 14. §. ult. Lev. 18. vers. 8. 15. & 17. (2). Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse & moralem , evincit locus Apostoli 1. ad Cor. 5. ubi tale stuprum ne inter gentes quidem nominari ait , ut quis uxorem patris

habeat. Et M. Tullius in orat. pro Cluent. cap. 6. cum socrum genero nupsisse narrasset , subdit : *O mulieris scelus incredibile , & præter hanc unam , in omni vita inauditum !*

5 Quia utraque filia loco sunt] Hac ratione Justinianus docet , inter easdem personas prohibitas esse nuptias propter affinitatem , quam ob cognationem , eas nempe quæ parentum , liberorumve numero sunt. Quare quæ de cognatis dicta sunt , de affinibus quoque dicta intelligantur , etiam in linea transversa , l. 5. l. pen. l. ult. C. de incest. & inut. nupt. Idque ipsum apparet , si in universum spectamus causam , ob quam nuptiæ inter affines prohibentur , videlicet quia vir & uxor in unum corpus coalescentes , non amplius due censentur , sed una caro (3).

TEXTUS.

De socru & noverca.

7. Socrum quoque & novercam prohibitum est uxorem ducere : quia matris loco sunt. Quod & ipsum dissoluta demum affinitate procedit (4) : alioquin si adhuc noverca est , id est , si adhuc patri tuo nupta est , communi jure impeditur tibi nubere : quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc socrus est , id est , si adhuc filia ejus tibi nupta est : ideo impediuntur tibi nuptiæ , quia duas uxores habere non potes.

Hæc

(1) Vid. regul. post l. 2. eod.
(2) Arg. d. l. 5. tit. 6. P. 4.

(3) D. l. 5.
(4) D. l. 5.

Hujus §. & superioris eadem plane est sententia , ut nova explicatione non indigeat.

TEXTUS.

De comprivignis.

8. Mariti tamen filius ex alia uxore , & uxoris filia ex alio marito , vel contra , matrimonium recte contrahunt : licet habeant fratrem , sororemve ex matrimonio postea contracto natos (1).

De quasi privigna , quasi nuru , & quasi noverca.

9. Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit ; hæc non est quidem privigna tua : sed Julianus ab hujusmodi nuptiis abstinere debere ait. Nam constat , nec sponsam filii nurum esse , nec patris sponsam novercam esse : rectius tamen & jure facturos eos , qui ab hujusmodi nuptiis abstinerint.

De servili cognatione.

10. Illud certum est , serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse , si forte pater & filia , aut frater & soror manumissi fuerint.

Sed nec hi tres §§. explicatione indigent. Et si quæras cur ea de qua in §. 9. non est privigna , responsum habes in eo quod scri-

-Tom. I.

(1) Vid. post l. 2. tit. 6. P. 4. regulam : Item entre los.
(2) Vid. legem 10. & seqq.

bit Festus : *Privignus inde dictus est , quod prius genitus sit quam uxor secundo nuberet.*

TEXTUS.

De reliquis prohibitionibus.

II. Sunt & alia personæ , quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur (2) , quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex jure veteri collectarum enumerari permisimus.

COMMENTARIUS.

I Sunt & alia personæ] Quales sunt tutor vel cura-

tor , liberive eorum , qui cum pupilla vel adulta nuptias contrahere vetantur , ne videlicet eo pacto rationum redditio intervertatur , l. tutor 36. & l. senatusconsulto 59. hoc tit. & tit. C. de interd. matr. inter pup. & tut. (3). Item Præses , vel qui officium in provincia administrat , provincialem uxorem ducere , prohibetur , l. si quis 38. hoc tit. (4). Lege quoque Julia vetatur Senator ducere libertinam , aut quæ ipsa , cujusve pater artem ludicram fecerit , l. lege Julia 44. hoc tit.

2 , IN HISPANIA quoad per-sonas , quæ matrimonio jungi , prohibentur , jus canonicum sequimur : uti & in cæteris , quæ ad valorem matrimonii spectant. Unde præter prohibitionem in infinitum in linea recta , eam a-

I

gnos-
titul. 2. Par. 4.
(3) L. 6. tit. 17. P. 7.
(4) L. 2. tit. 14. P. 4.

gnoscimus usque ad quartum gradum inclusive, ut loquuntur, & juxta computationem canonice, in transversa seu laterali; tam inter affines, quam in cognatis: dum tamen affinitas ex matrimonio nascitur: nam si ex illicito coitu oritur, secundum gradum non excedit. Matrimonium vero tantum ratum, & sponsalia valida impedimentum pariunt inter unum ex contrahentibus, alterius cognatos, quod publicæ honestatis dicitur, intra quartum gradum in matrimonio, & primum in sponsalibus, conclusum. Cognatio demum spiritualis, ex baptismo proveniens, ad baptizatum duntaxat, ejusdemque patrem & matrem ex una; & baptizantem, ac susceptorem seu patrum ex alia, sese extendit. Quod & in confirmatione obtinet. Videatur Concil. Trident. sess. 24. cap. 2. & duob. seqq. de reform. matr.

TEXTUS.

De pœnis injustarum nuptiarum.

12. Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coierint; nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt: sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ii, quos mater vulgo con-

(1) L. 1. & 2. tit. 17. P. 4.
(2) Princ. & l. 1. tit. 15. P. 4.

cepit (1). Nam nec hi patrem habere intelliguntur: cum & iis patri appellari πατὴρ τῆν σποράν & ἀπάτροπος, quasi sine patre filii (2); sequitur ergo, ut dissoluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur.

COMMENTARIUS.

I. **Nec vir, nec uxor**] Sunt enim hæc justii conjugii nomina. Pœna igitur communis omnium injustarum conjunctionum est, quod ipso jure tales nuptiæ nullæ sint: sicut nec cætera consistunt, quæ contra leges fiunt, l. 5. C. de legibus.

2. **Nec dos**] Matrimonium quidem sine dote esse potest, at dos esse non potest sine matrimonio, l. 3. de jur. dot. (3).

3. **Quantum ad patriam potestatem**] Comparatio eorum, qui ex injusto matrimonio nati sunt, cum iis, quos mater vulgo concepit, quoad patriam potestatem, ejus solius rei gratia hæc de nuptiis quæritur, & neutri de hoc jure quoad hunc effectum patrem habere intelliguntur: quoniam nemo respectu eorum, quæ sunt juris civilis, filius intelligitur, nisi qui ex viro & uxore natus est, l. 6. de his qui sui vel alien. jur. sunt (4).

4. **Cum & iis pater incertus sit**] Hæc verba non obscure innuunt,
(3) Arg. pr. tit. 11. P. 4. & l. 1. tit. 17. d. P. 4.
(4) Pr. & l. 1. tit. 15. P. 4.

nuunt, non tantum vulgo quæsitos incertum habere patrem, sed etiam eos, qui sunt ex injustis nuptiis procreati. Et vulgo quidem conceptos patrem demonstrare non posse certum est (1). At nati ex ea, quæ cum uno tantum licet illicite rem habuit, non videntur dici posse, habere incertum patrem; quod & verum est (2). Sed tamen, quantum ad patriam potestatem attinet (quod ideo etiam nominatim expressit Justinianus hic), non modo vulgiva venere concepti patrem habere non intelliguntur; verum etiam omnes, qui extra nuptias quæsitii sunt, licet patrem demonstrare possint, ex incerto tamen patre nati dicuntur, & pro vulgo quæsitis spuriisque habentur, l. vulgo 23. de stat. homin. l. 3. Cod. solut. matrim. (3).

5. **Unde solent spurii appellari**] Romani iisdem notis, & prænomine *Spurius*, & vulgo quæsitos designabant, nisi quod illud ita notabant SP, hos S.P. interposito puncto, tanquam *sine patre*.

6. **Nec dotis, nec donationis**] Quod dotis, aut donationis nomine propter nuptias ob injustum conjugium datum est, caducum fit, id est, fisco vindicatur, l. 52. l. dote 61. hoc tit. (4). Præterquam si qui aut errore acerrimo, non affectato, neque ex levi causa concepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi, leg. 4. C. de inc. nupt. (5). In feminis etiam error juris excu-

satur, sed positivi duntaxat; eo-que referimus l. 7. C. de donat. inter virum & uxor. l. 2. §. 2. de his quæ ut indign.

7. **Et alias pœnas**] In magna delicti varietate variae quoque pœnæ constitui debuerunt. Plurimum enim refert, an quis prohibitas jure gentium nuptias contraxerit, an jure civili duntaxat; sciverit, an ignoraverit; in factis erraverit, an in jure; mas sit, an femina; major, an minor (6). Vid. l. ult. hoc tit. l. 4. l. 6. cum auth. seq. C. de inc. nupt. nov. 12. l. unic. C. si quac. præd. pot. quæ multam irrogat pecuniariam; infamiam l. pen. C. de interd. matrim. cum infamia pœnam stupri l. 18. C. ad l. Juliam de adult. l. 38. pr. §. 1. & seqq. eod. (7), & ibi Bart. & DD. Add. Gloss. & DD. ad hunc locum, Covarr. de matrim. p. 2. cap. 6. §. 8.

8. **IN HISPANIA** si qui matrimonium clandestinum contraxerint, omnia bona tam contrahentium, quam illorum, qui interfuerint, fisco applicantur; & insuper pœna exilii ab his Regnis omnibus imponitur; estque, justa exheredationis causa, l. 1. tit. 1. lib. 5. Recop.

TEXTUS.

De legitimatione.

13. Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim, ut nati sunt, in potestate parentum non sunt, post-

(1) L. 1. tit. 15. P. 4.
(2) L. 5. tit. 19. P. 4.
(3) Pr. & l. 1. tit. 17. P. 4.
(4) L. 51. tit. 14. P. 5.

(5) D. l. 51.
(6) D. l. 51.
(7) Vid. l. 5. tit. 3. P. 4.

postea redigantur in potestatem patris: qualis est is, qui dum naturalis fuerat, postea curia datus, potestati patris subijcitur (1): nec non is, qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat (2), sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis in potestate patris efficitur. Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.

COMMENTARIUS.

I **T**ransit hic Imperator ad alterum modum constituendæ patris potestatis, qui legitimatio dicitur, & est: *Actus quo liberi extra nuptias suscepti efficiuntur legitimi.* Species legitimisationis tres sunt: nam aut per curiæ oblationem fit; aut per subsequens matrimonium; aut denique per rescriptum Principis (3): quarum duæ priores hic tantum proponuntur: tertius enim modus est ex legibus novellis. Sunt qui quartam speciem adjiciunt, Gudel. lib. 1. de jur. novis. cap. 16. Perez ad tit. Cod. de natur. lib. n. 16. nominationem nempe filii in testamento, aliove instrumento habente, subscriptionem trium testium a patre factam, nov. 117. cap. 2. unde *auth.* Si quis Cod. de

- (1) L. 5. tit. 15. P. 4.
 (2) L. 9. tit. 8. lib. 5. Recopil.
 (3) L. 1. tit. 13. P. 4. l. 4. & seq. tit. 15. P. 4.

nat. liber. Sed ea probatio potius est matrimonii, & præsumptio pro liberis, non quod facti, sed quod nati sint legitimi, quam proprius modus legitimandi.

2 *Qui dum naturalis*] Objectum legitimisationis sunt liberi naturales, id est, qui non sunt nati ex legitimo matrimonio, tot. tit. C. de nat. liber. (4). Cæterum nonnulla hic inter patrem & matrem differentia est. Matri omnes sunt naturales, etiam vulgo quæsi, qui & matri succedunt ex SC. Orficiano, §. pen. Inst. de SC. Orf. (5). Patri, illi duntaxat, qui ex concubina suscepti, arg. huj. §. DD. in l. pen. de concubin. post Gloss. *ibid.* Igitur qui ex stupro, aut alia conjunctione, quam leges improbant, nascuntur, patri hi naturales non sunt, sed similes illis, quos mater vulgo concepit, quos constat non esse objectum legitimisationis, cum nec patrem demonstrare possint, §. præc. (6). Quamvis inspecta rei veritate, omnes qui ex nobis nati sunt, licet vulgo quæsi, nobis sunt liberi naturales, atque in iis, in quibus jus naturale inspicitur, ut in contrahendis nuptiis, pro talibus habeantur, l. 14. §. 2. hoc tit.

3 *Postea curiæ datus*] (7). Primus legitimandi modus est oblatio curiæ. Curia in municipiis & coloniis idem erat quod Romæ Senatus, & Decuriones, qui Senatores; inde dicti, quod ex iis, qui

- (4) L. 1. tit. 15. P. 4. l. 9. tit. 8. lib. 5. Recop.
 (5) L. 7. d. tit. 8. lib. 5. Recop.
 (6) D. l. 1. tit. 15. P. 4.
 (7) L. 5. tit. 15. P. 4.

qui in coloniam deducebantur, decima pars consilio publico sive curiæ adscribebatur, auctore Pompon. l. pupillus 239. §. Decuriones 5. de verb. sign. In Imp. constitutionibus vulgo *Curiales* appellantur. Naturalis quoque filia si Curiali uxor a patre data esset, jus filiafam. adipiscebatur, l. 3. C. de natur. lib. (1). De hoc legitimandi modo latius agit Justinianus novell. 89. cap. 2. & seqq.

4 *Necnon is, qui ex muliere libera*] Secundus legitimisationis modus est, cum pater concubinam, ex qua liberos naturales habet, uxorem ducit. Nuptiarum quidem per se hæc vis est, ut liberi ex iis nati legitimi sint & in potestate patris: sed ut ante nati nuptiis subsecutis legitimi fiant, extrinsecus nuptiis accedit & a beneficio legis est, cujus solius potestate legitimi censentur. Vide de hoc originis paternæ confirmandæ modo l. 10. Cod. de natur. liber. novell. 89. cap. 8.

5 *Cujus matrimonium minime interdictum*] (2). Hoc ex eo necessario efficitur, quod concubina uxor ducenda est. Satis est autem, ut uxor esse possit, licet ad tempus impediatur: veluti si Præses provinciam in concubinato habuerit, & finita administratione provincie eam uxorem ducat, l. ult. de concub.

6 *Quod & aliis liberis, qui ex eodem*] Vitiosa proculdubio hæc lectio est. Quis enim dubitet, eos liberos, qui ex justis nuptiis pro-

- (1) L. 8. d. tit. 15.
 (2) L. 9. tit. 8. lib. 5. Recop.

creati sunt, legitimos esse? Quamobrem cum Hotom. lego: *Quod, etsi nulli alii liberi ex eodem matrimonio nati fuerint &c.* de quo dubitari poterit propter constitutionem Justiniani in l. 10. C. de natur. liber. & dubitatum fuisse constat ex l. 11. C. eod. ubi hæc controversia deciditur (3).

7 Tertium genus legitimisationis postea accessit, nempe quæ sit per rescriptum Principis (4). Per rescriptum Principis legitimantur liberi naturales ad supplicationem patris, qui legitimam prolem non habet, & concubinam uxorem vel non potest ducere, puta quia mortua sit, aut se subducat; vel non honeste potest, ob vitæ scilicet turpitudinem, *auth.* Præterea, C. de nat. lib. nov. 74. c. 2. nov. 89. c. 9. & 10. vel ad supplicationem filii, si pater eum heredem instituit, vel testamento dixerit, desiderare se, ut natalibus restituatur, d. c. 10. (5). Potest sane Princeps ex plenitudine potestatis filium naturalem legitimum facere, etiamsi pater legitimos liberos habeat, aut matrimonium cum matre inire possit. Cæterum non intelligitur Princeps id velle facere, nisi rescripto id nominatim comprehensum fuerit, Myns. 1. obs. 31. Gail. 2. obs. 142. num. 8. Perez ubi *supr.* num. 12. Plane non rescinditur legitimatio semel concessa, quamvis postea ex justo matrimonio soboles patri agnascatur, Tulden. ad tit. C. de natur. lib. n. 5. Hæc legitimatio tantum in bonis legiti-

- (3) Arg. l. 5. tit. 15. P. 4.
 (4) L. 4. tit. 15. P. 4.
 (5) L. 6. tit. 15. P. 4. (1)

manis tribuit legitimatione, quantum liberis legitimis jus naturæ. Cognatos autem non tangere, exceptis iis, qui in eam consentiunt, neque ad feuda pertinere, nisi id quoque nominatum cautum sit, notat Gratian. 1. *m.mud.* 12. add. *Myns.* 5. *obs.* 42.

8. IN HISPANIA tres memoratæ legitimationis species probatæ sunt, l. 4. & *seqq. tit.* 15. P. 4. l. 1. *tit.* 13. *ead. l.* 10. *tit.* 8. lib. 5. *Recop.* Cæterum eam, quæ per oblationem curiæ dicitur, in desuetudinem abiisse, testantur Torres & Berni *hoc textu.* Illa vero, quæ per subsequens matrimonium contingit, nuptialia instrumenta non desiderat, d. l. 1. & ibi Lopez, quod & jure canonico obtinet, *cap. tanta* 6. ✕ qui *fuii sint legitimi.* Jus autem succedendi legitimatis competens

, opportuniori loco tradetur *infr. de succes. cogn. lib. 3. tit. 5.* Licet autem in l. 7. d. *tit.* 15. P. 4. videatur propositus alius legitimandi modus, dum nempe quis instrumento propria manu scripto, vel publico, triumque testium subscriptione confirmato, filium suum signate eum nominans, ut talem recognoverit: tamen Gregor. Lopez in *glos.* 7. *hujus legis* bene advertit & probat, non ibi contineri novum legitimandi modum, sed probationem duntaxat, pro filio, quod sit legitimus; quanquam fatendum est, verba ita esse aperta, ut haud facile hanc interpretationem admittant. Cæterum secundus casus ibidem traditus vers. *Otrosi*, plurimum juvat interpretationem Gregorii Lopez.

TITULUS UNDECIMUS.

DE ADOPTIONIBUS (1).

D. Lib. I. Tit. 7. Cod. Lib. 8. Tit. 48.

1. EXpositi sunt in superiori titulo duo prioris modi constituendæ patriæ potestatis, nuptiæ & legitimationis: sequitur nunc tertius, adoptio. Adoptio est: *Actus legitimus, quo in quo & locum filiorumfamil. adscribimus eos, qui nobis extranei sunt, in solatium eorum, qui liberos non habent, inventus* (2). Genus est *actus legitimus*, l. 3. l. 4.

hoc tit. Sequentia differentiam continent, qua hic actus a reliquis legitimis actibus discernitur; quales sunt emancipatio, manumissio, & si qui sunt similes. Postrema verba finem indicant, quem etiam Theophilus expressit, & indicat Ulpian. l. 15. §. 2. *hoc tit.* itemque Cicero *orat. pro domo sua.* Origo adoptionis antiquissima est. Non enim Romani solum, verum

(1) Tit. 7. P. 4. tit. 16. *ead.*

(2) L. 1. d. tit. 16.

TEXTUS.

Divisio adoptionis.

1. *Adoptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto, aut imperio Magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos, easve, qui, quæve sui juris sunt, quæ species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio Magistratus adoptamus eos, easve, qui, quæve in potestate parentum sunt: sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia: sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis* (2).

COMMENTARIUS.

1. **D**ux sunt species adoptionis, quarum altera adrogatio dicitur, altera, quia proprio caret, generis nomine adoptio appellatur, quod in jure nostro frequenter usu venit. Nam cum plura sint negotia, quam vocabula, l. 4. *de præscr. verb.* sæpe fit; ut verba, quæ vi sua generalem significationem habent, ex instituto loquentis certam speciem indicent, eam nimirum, quæ proprio nomine destituitur, & cui fere tum species ejusdem generis, quæ proprium nomen habet, opponi aut apponi solet, ut observare licet in vocibus *cognatio, servitus, actio*, & sexcentis aliis. Adrogatio est: *Adoptio eorum, qui sunt sui juris, facta auctoritate Principis.* Duo igitur sunt hujus adoptionis propria: primum

etiam Græci in solatium orbitatis filios sibi adsciscere solebant, ut ex *Ægineico* Isocratis, & Plutarcho in *Theseo* liquet. Apud Hebræos quoque, & Assyrios, atque Ægyptios in usu fuisse adoptionem, testes sunt Joseph. 1. *antiq.* 15. Beros. lib. 5. *de florat.* Diod. Siculus 4. *biblioth.* Moses a filia Pharaonis adoptatus traditur *Exod. cap.* 2.

TEXTUS.

Continuatio.

Non solum autem naturales liberi, secundum ea, quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii, quos adoptamus (1).

COMMENTARIUS.

1. **F**iliosfamil. non solum natura, verum etiam adoptione faciunt, l. 1. *hoc tit.* Per naturales liberos *hoc loco* intelligi oportet eos, qui sunt ex justis nuptiis procreati; ea enim perpetua est naturalium liberorum significatio, cum opponuntur adoptivis, utpote legitimis tantum, & diversæ ejusdem generis speciei, §. 7. *infr. eod. §. 4. infr. de exhered. liber. l. 31. hoc tit.* At cum naturales opponuntur legitimis in genere, qui legitimi non sunt, significantur, & naturales duntaxat, §. *ult. tit. superioris, tot. tit. Cod. de natural. liber.* quod & in voce parentis naturalis similiter observandum.

(1) L. 1. tit. 16. P. 4.

(2) L. 7. tit. 4. P. 4.

num, quod eorum tantum est, qui sui sunt juris; alterum, quod heri debet auctoritate Principis (1).

2. Adoptio in specie est: Adoptio eorum, qui sunt in potestate, sitque auctore patre, qui in potestate habet, apud Magistratum, apud quem est legis actio, l. 4. hoc tit. l. 1. C. eod. l. 3. de offi. Proc. (2). Legis actio est: *Id, quod fit ex præscripto & forma legis cum solemnibus ad rem aliquam peragendam constitutis*: quibus solemnibus peragendis si lex Magistratum designaret, penes eum dicebatur esse legis actio. De formulis adoptionum, & mancipationum solemnibus studiosi antiquitatis consulant Gell. lib. 5. cap. 19. Gruch. 3. de comit. Roman. 3. Boet. in Top. Cicer. Røvard. cap. 16. ad leg. XII. Tab. Brisson. lib. 1. antiq. cap. 7. de legis actionibus, & lib. 4. antiq. cap. 10.

3. IN HISPANIA non aliter, adrogatio procedit, quam præcedente expresso adrogati consensu: in adoptione autem tacitus adoptati sufficit, l. 1. tit. 16. P. 4.

TEXTUS.

Qui possunt adoptare filiumfamilias, vel non.

2. Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura patris naturalis minime dissolvuntur; nec quicquam ad patrem

(1) D. l. 7. vers. La una.

(2) D. l. 7. tit. 7. P. 4.

adoptivum transit, nec in potestate ejus est: licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sint. Si vero pater naturalis non extraneus, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem in hoc casu, quia concurrunt in unam personam & naturalia, & adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis modo constitutum; ut & in familia, & in potestate hujusmodi patris adoptivi sit (3).

COMMENTARIUS.

I OLIM quavis adoptione jus patris naturalis extinguatur: isque, qui in adoptionem etiam extraneæ personæ dabatur, in patris adoptivi familiam & potestatem transibat. Post constitutionem autem Justiniani, quæ est l. pen. C. hoc tit. non aliter quam si detur personæ non extraneæ. Extraneam autem personam intelligit omnem, quæ extraneam parentum sit: unde qui a patruo, aut avunculo adoptati sunt, perinde haberi debent, ac si a quovis extraneo adoptati forent.

2. Licet ab intestato jura success.] Hoc ei a Justiniano specialiter tribuitur. Cæterum impune a patre hujusmodi adoptivo præteriri potest, alio herede institu-

to, vers. La segunda.

(3) L. 9. & 10 tit. 16. P. 4.

to, d. l. pen. §. sed ne i. §. 14. Instit. de her. quæ ab intest.

3. IN HISPANIA licet in l. 7. tit. 7. P. 4. indistincte dicatur, adoptatum non transire in potestatem adoptantis; tamen distinctio, quam jus Romanorum facit inter adoptantes ascendentes & non ascendentes, probata est l. 9. & 10. tit. 16. P. 4. Id vero speciale est, ut emancipatus ab ascendente, qui eum adoptaverat, recidat iterum in potestatem patris naturalis, d. l. 10. in fin. De jure autem succedendi adoptivis competente, suo loco tractabimus.

TEXTUS.

De adrogatione impuberis.

3. Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita, adrogatio fieri permittitur: & exquiritur causa adrogationis, an honesta sit, expediatque pupillo; & cum quibusdam conditionibus adrogatio fit, id est, ut caveat adrogator personæ publicæ, si intra pubertatem pupillus decesserit, restitutum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest adrogator, nisi causa cognita, dignus emancipatione fuerit: & tunc sua bona ei reddat. (1). Sed & si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit; jubetur

Tom. I.

(1) L. 7. tit. 16. P. 4.

(2) L. 8. eod.

quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit, & quorum commodum ei postea acquisivit. (2).

COMMENTARIUS.

I Impuberes antea adrogari non potuerunt; nunc autem possunt ex constitutione D. Antonini, auctore Ulp. in fragm. tit. 8. sed non aliter, quam causa apud Magistratum cognita, l. 15. §. 2. hoc tit. l. 2. C. eod. Causæ cognitio in multis vertitur. Primum excutiendum, quæ sint facultates pupilli; quæ ejus, qui eum adoptare volet: deinde cujus vitæ sit, & quibus moribus adrogator: tertio cujus ætatis, an non melius sit, eum de liberis procreandis cogitare, quam ex aliena familia sibi filium accersere: ad hæc, num liberos habeat justis nuptiis procreatos, quorum spem sine magna causa diminui non oportet; postremo etiam conjunctio spectatur, nec facile cuiquam pupillum adrogare permittitur, nisi quem vel naturali cognatione, vel alioqui sanctissima affectione duci appareat, d. l. 15. §. 2. l. 17. eod. (3). Pleraque tamen hæc capita communia videntur fuisse cum puberum adrogationibus; ut illa de ætate, liberis, moribus, & facultatibus adrogatoris: Causa autem nunc cognoscitur a Magistratu, adhibito consensu propinquorum pupilli, l. 2. C. eod. & tutorum quoque

K

(3) L. 4. tit. 16. P. 4. in med.

(1)

auctoritate, l. ult. Cod. de auct. prest. In minorum quoque adrogatione post constitutionem Claudii, curatoris auctoritas intercedere debet, l. 8. eod.

2 Ut caveat adrogator personæ publicæ] Hoc proprie servatur in adrogatione impuberis. Caveat nimirum satisdato, id est, fidejussoribus datis, l. non aliter 18. cum seqq. eod. Caveat autem non ipsis, ad quos ea res perventura est; sive quod incerti sint, sive quod non omnes sunt ii, qui sibi stipulari possint: sed personæ publicæ, hoc est, Tabulario sive Scribæ Curiarum aut Magistratu municipalium, qui aliis stipulando acquirere potest (1). Servos olim publicos fuisse, constat, d. l. 18. l. 2. rem pup. salv. for. l. ult. C. de serv. Reip. man. Primi Arcadius & Honorius caverunt, ne servi Tabulario præficiantur, l. 3. C. de Tabul. lib. 10. ubi Cujac. Sed etsi ommissa fuerit satisdatio, utilem nihilominus actionem in adrogatorem dari, responsum est, l. 19. §. 1. hoc tit. (2).

3 Ad successionem ejus venturi essent] Pars hæc cautionis in d. l. 18. ita concepta est: Ad quos ea res perventura est, & in l. 19. seq. Ad quos ea res pertinet: quibus verbis significantur non ii tantum, qui ad successionem impuberis venturi sunt, quales sunt heredes impuberis, sive illi ab intestato veniant; sive secundis tabulis a patre pupillo dati: sed etiam legatarii, & servi, quibus secundis tabulis legata, aut

(1) D. l. 4.
(2) D. l. 4.

libertates datæ; in summa omnes, ad quos aliquid perventurum fuisset; si adrogatus mansisset in suo statu, dd. ll. Habet autem hæc cautio locum, si adrogatus impubes decesserit, l. 20. eod. (3); adveniente vero pubertate evanescit, perindeque habetur, ac si jam pubes adrogatus esset: quo casu cautio non est necessaria, cum quis pubes sui juris ipse testamentum facere, cognatosque excludere possit, l. 5. qui test. fac.

4 Dignus emancipatione] Puta si quid commiserit adversus patrem adoptivum, propter quod merito e domo ejici aut exheredari posset (4). At quæ causa est, quod nihilominus tam impio filio bona sua restituuntur? Hotomanus existimat, id constitutum esse ad vitandam omnem improbitatis suspicionem, qua alioqui pater adoptivus facile onerari posset.

5 Decedens exheredaverit] Intelligerem, sine justa causa: nam si justa exheredationis causa sit, non video, cur præter bona sua aliquid recipere debeat, aut plus, quam cum ex justa causa emancipatur. Sed obstare videtur responsum Ulp. in l. 8. §. 15. de inoff. test. & objici potest, quod cum justam causam haberet adrogator, eum vivus non emancipaverit.

6 Relinquere] Recte relinquere, ut intelligamus, non prius eam deberi, quam adrogator decesserit, l. 1. §. 21. de collat.

7 IN HISPANIA infantes adrogari nequeunt. Impuberes au-

(3) L. 4. tit. 16. P. 4. in fin.
(4) L. 7. tit. 16. P. 4.

tem infantiam egressi non aliter, quam annuente Rege, l. 4. tit. 16. P. 4. Et ita adrogatis, si absque justa causa emancipentur, vel exheredentur, tenetur adrogator quartam omnium bonorum suorum præstare, l. 8. eod. Licet autem lex utatur verbo hoc, dar, cujus significatio ad præsens tempus refertur, de præstatione tamen post mortem eam interpretatur Gregorius Lopez, gloss. 1. ejusd. leg.

TEXTUS.

De ætate adoptantis & adoptati.

4. Minorem natu majorem non posse adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur, & pro monstro est, ut major sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem, aut adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem & octo annis præcedere (1).

COMMENTARIUS.

I Adoptio naturæ imago & similitudo quædam est, l. 23. de lib. & post. unde cum alia multa, tum hoc quoque provenit, quod majorem natu minor adoptare non possit, cum per naturam filius non possit esse major patre (2). Qua de causa Claudii adoptionem jure exagitat Cicero pro dom. cap. 13. Factus es, inquit, ejus filius (Fonteji) contra

(1) L. 2. tit. 16. P. 4.
(2) L. 1. tit. 22. P. 3.

fas, cujus per ætatem pater esse potuisti; & similia mox sequantur.

2 Plena pubertate, id est, decem & octo annis] l. 40. §. 1. hoc tit. Cur autem octodécim annis? nam si nuptiæ post annum decimum quartum contrahi possunt, potest & quis filium habere ante hanc ætatem. Sed nimirum quia rarissime accidit, ut masculi ante annum octavum decimum ad plenam pubertatem perveniant, & liberos suscipiant; minor ætas in adoptione insuper habita est, juxta l. 3, 4 & 5. de legib. Nimirum etsi pubertatis initium est anno 14. infr. quib. mod. tut. fin. maturitas tamen demum anno 18, l. 40. §. 1. hoc tit. In specie leg. 14. §. 1. de alim. leg. alimentorum favore idem evenit.

TEXTUS.

De adoptione in locum nepotis, vel neptis, vel deinceps.

5. Licet autem & in locum nepotis, vel neptis, pronepotis, vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.

COMMENTARIUS.

I Quamvis filium quis non habeat] l. 37. hoc tit. Dixeris, hoc pugnare cum eo, quod ante dictum est, adoptionem imitari naturam: natura enim fieri non posse, ut quis nepotem habeat, qui filium non habet. At, K 2 in-

vers. E contra natura.

inquam, sufficit habere posse, hoc est, ejus me ætatis esse, ut & filium, & ex filio nepotem ea ætate habere potuerim, qua est is, quem adoptare volo. Nam & qui uxorem non habet, filium adoptare potest, quamvis sine uxore pater esse non possit, l. 30. eod. Duplex igitur hic fictio est. De duplici fictione circa idem vid. Vaud. 2. quest. 4.

TEXTUS.

De adoptione filii in locum nepotis, & contra.

6. *Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quam nepotem in locum filii.*

Textus iste planus est.

TEXTUS.

De adoptione in locum nepotis.

7. *Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex filio, quem habet jam adoptatum; vel quasi ex illo, quem naturalem in potestate habet: eo casu & filius consentire debet, ne ei invito suus heres agnascatur. Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse filium consentire.*

COMMENTARIUS.

Filius consentire debet] Nimirum si nepos adoptetur quasi ex Lucio filio, ver-

bi causa, natus. Nam si simpliciter adoptetur, & tanquam ex incerto filio, nullius consensus desideratur; quia tunc cessat ratio juris, quæ consensum requirit, l. 43. & seq. hoc tit.

2. *Non necesse est filium] Quia nimirum nepos non in patris sui, sed in avi potestate est. Potestatis autem tanta vis fuit apud Romanos, ut avus nepotem, inconsulto filio (tametsi durum id est); alii in adoptionem dare potuerit.*

3. **I**N HISPANIA, cum, ut, monuimus *supr. §. 3. de patr. pot.*, nepotes non sint in potestate avi, non poterunt ab eo in adoptionem, dari.

TEXTUS.

Qui dari possunt in adoptionem.

8. *In pluribus autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est, ei, qui ex legitimo matrimonio natus est; & ideo si quis per Imperatorem, vel apud Prætorem, vel Præsidentem provincie non extraneum adoptaverit, potest eundem in adoptionem alii dare.*

Textus hic clarus est.

TEXTUS.

Si is, qui generare non potest, adoptet.

9. *Sed & illud utriusque adoptionis commune est, quod & ii, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt*

sunt: castrati autem non possunt.

COMMENTARIUS.

Qui generare non possunt] Id est, qui propter vitium aliquod, quod tamen sanabile sit, procreare non possunt; quales *hic* perhibentur esse spadones; qua quidem appellatione nonnunquam & castrati continentur, id est, intestes, alique, quibus vis generandi in totum adempta, ut in l. 39. §. 1. *de jur. dot. l. spadonum* 128. *de verb. sign.* ubi Alciat. Cæterum non raro & in specie accipitur, atque ad eos coangustatur, qui ob impedimentum temporale, & quod tolli queat, generare non possunt. Ita usurpatur a Pomp. l. 6. §. 2. *de edil. edict.* itemque a Cajo l. 2. §. 1. *hoc tit.*

2. **I**N HISPANIA adoptare, possunt ii, quibus impedimentum generandi non est a natura, sed culpa alterius, vel casu, sive ægritudine, l. 3. *tit. 16. P. 4.*

TEXTUS.

Si femina adoptet.

10. *Femine quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent: sed ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

COMMENTARIUS.

Adrogatio & adoptio jure veteri in eo dis-

crepabant, quod femine adrogari non poterant: quia adrogatio olim auctore populo in comitiis fiebat, quorum nulla cum feminis communio. Adoptati autem non vetabantur. Nunc vero ex rescripto Principis etiam adrogari possunt, l. 21. *hoc tit.* Adrogare autem vel adoptare, nec olim poterant, nec nunc possunt. Ratio redditur a Justiniano: quia nec naturales liberos in potestate habent; quasi diceret, absurdum esse, ut majorem vim habeat fictio, quam rei veritas; adoptio, quam natura. Claudicare tamen videtur hæc ratio in extraneo adoptante, in cujus potestate licet adoptatus non sit, tamen constat adoptio ex constitutione Justiniani, §. 2. *supra eod.*

2. *Ex indulgentia Principis] l. si suspecta* 29. §. *quoniam* 3. *de inoff. test.* non tamen ut filium habeant in potestate, sed ut solatium orbitatis & heredem.

3. *Ad solatium liberorum amissorum] Transcriptum hoc ex l. 5. C. eodem.*

4. **I**N HISPANIA non est permissum feminis adoptare, nisi eo duntaxat casu, quo filium in prælio amiserunt, vel alias Regi, aut Curie, cui oblati fuerat, serviret; & tunc non aliter, quam ex rescripto Regis, l. 2. *tit. 16. P. 4.*

TEXTUS.

De liberis adrogatis.

Il. *Illud proprium est ad-*

optiois illius, quæ per sacrum oraculum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subicitur, sed etiam liberi ejus fiunt in ejusdem potestate tanquam nepotes (1). Sic enim D. Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptasset, ut protinus adrogatione facta inciperet Germanicus Augusti nepos esse.

COMMENTARIUS.

I *Per sacrum oraculum] Per Principem, l. 2. eod. Per Principis rescriptum, l. 6. Cod. eod. Periphrasis est adrogationis.*

2 *Quod hoc §. proponitur, proprium effectum est adrogationis; nempe non solum eum, qui adrogatur, transire in potestatem patris adoptivi; sed etiam liberos, qui in ejus potestate erant, tanquam nepotes, l. 40. eod. In adoptione autem hoc non similiter contingit, in qua is tantum mansit, qui adoptatur, non etiam liberi ejus. Ratio differentie in promptu est. Nam in adoptionem dantur filii familias, quorum liberi sunt in potestate alterius, nempe ejus, qui in adoptionem datur; ideoque etiam in illius potestate remanent, l. 28. eod.*

(1) *L. 7. tit. 16. P. 4.*

TEXTUS.

De servo adoptato, vel filio nominato a domino.

12 *Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servos, si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde & nos eruditè in nostra constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverat, liberum esse constituimus: licet hoc ad jus filii accipiendum non sufficiat.*

COMMENTARIUS.

I *Ex hoc ipso liberari] Satis apparet, his verbis Justinianum significare velle, servos a domino adoptatos, non jus filiorum, sed libertatem duntaxat consequi: atque inutilem quidem esse hanc adoptionem, sed vim tamen manumissionis habere.*

2 *Nostra constitutione] l. un. §. 10. de Lat. lib. toll.*

3 *IN HISPANIA probantur in l. 5. & seq. tit. 16. P. 4. prohibitiones juris Romanorum, quibus vetabatur adrogari libertus alienus, l. 15. §. 3. de ad. opt. & qui sub tutela fuerat ab ejusdem tutore, nisi major fuerit 25. annis, quo casu permissa erat adrogatio, l. 17. eod. sed & tunc rescriptum Principis in Hispania desideratur.*

TI-

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS MODIS JUS PATR. POTEST. SOLVITUR.

D. Lib. I. Tit. 7. Nov. 81. (1).

I **M**OS hic est perpetuus Jurisconsultorum, ut expositis iis, quæ ad constitutionem alicujus rei valent, subjiciant contraria, sive ea, quæ ad ejus immutationem, aut dissolutionem pertinent. Itaque cum hætenus visum sit, quibus modis jus patriæ potestatis constituitur, recte nunc subjiciuntur modi, quibus jus illud solvitur. Ejusmodi autem septem fere hoc titulo proponuntur; mors patris aut avi, deportatio, servitus poenæ, dignitas Patriciatus, captivitas, emancipatio, adoptio.

TEXTUS.

Scopus & nexus. De Morte.

Videamus nunc, quibus modis ii, qui alieno juri sunt subiecti, eo jure liberentur. Et quidem quemadmodum liberentur servi a potestate dominorum, ex iis intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit; nam mortuo patre, sane omnimodo filii filiarum

(1) *Tit. 18. P. 4.*

sui juris efficiuntur; mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt: sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque si moriente avo pater eorum vivit, & in potestate patris sui est; tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut per emancipationem exiit de potestate patris, tunc ii, qui in potestate ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

COMMENTARIUS.

I **M**ortuo eo, sui juris fiunt] Cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfam. nomen subeunt, etiamsi pupilli sint & infantes, l. 195. §. 2. de verb. sign. quod notandum.

2 *Mortuo patre, sane omnimodo] Mortuo nimirum patre, in cujus potestate filii erant. Nam qui in avi sui, non in patris potestate sunt, mortuo patre non efficiuntur sui juris, sed in potestate avi sui remanent; adeoque*

qua-

quasi agnascendo, avo suo fiunt sui heredes, §. 2. *infr. de exhered. liber. l. 13. de injust. rupt. test.*

3 *In potestatem patris sui recasuri non sunt*] Nepotes ex filio, mortuo avo, recidere solent in potestatem filii, hoc est, patris sui, *l. 5. de his qui sui vel al. jur.* Sed hoc non est perpetuum. Nam si quo tempore avus moritur, pater eorum aut jam mortuus sit, aut per emancipationem exierit de potestate patris sui; nepotes in potestatem patris sui non recidunt, sed sui juris fiunt. Quin etiam sufficit semel exiisse. Finge filium, quem pater emancipaverat, in potestatem patris sui revertisse, puta a patre adoptatum esse: nepos retentus post mortem avi non recidit in potestatem patris sui, sed omnimodo sui juris efficitur, *l. 41. de adop.* Hi, quos dignitas suæ potestatis facit, jura legitima intacta retinent, eorumque filii, post mortem avorum, in eorum potestatem revertuntur, *nov. 81. c. 2.*

4 *IN HISPANIA* cum nepotes, ut supra vidimus §. 3. *de patr. pot.* non sint in potestate avi, hujus mors ad effectum solvendæ patriæ potestatis insuper habetur. Solius igitur patris morte vincula potestatis patriæ solvuntur, filiique juris sui fiunt: quæ tamen intellige dummodo patris nuptiæ benedictæ sint, ut *ibi* diximus. Casum etiam excipere quo pater filios habens in potestate se adrogandum dederit, ex doctrina §. 11. *sup. de*

, *adopt. probata per l. 7. tit. 16. P. 4. quam ibi laudavimus.*

TEXTUS.

De deportatione.

1 *Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit; sequitur, ut qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde quasi eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione, & si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit esse in potestate parentis (1), sed si ex indulgentia Principis restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt.*

COMMENTARIUS.

1 *IN insulam deportatur*] Etiam deportatione patria potestas solvitur; nam cum hæc potestas propria sit civium Romanorum, §. 2. *supr. de patr. pot.* fieri non potest, ut qui civis Rom. non sit, filium habeat in potestate. Deportatio autem est: *Capitis minutio, qua qui afficitur, in numero civium esse desinit*, §. 2. *infr. de cap. dem.* ubi plura dicemus.

2 *Perinde quasi eo mortuo*] Nam intereunt homines non solum morte, verum etiam maxima & media capitis deminutione, *l. verum 63. §. ult. pro soc. l. 1. §. filium 8. de bon. poss. con. tab.* quæ ob id vulgo mors civilis dicitur.

Ex

Quibus modis Jus patriæ potestatis solvitur. 81

3 *Ex indulgentia Principis restituti*] Nempe plenissime & in integrum, *l. 1. C. de sent. pass. (1)*. Nam simplex & generalis restitutio pœnæ tantum gratiam facit, reditumque in patriam concedit, add. *l. 2. §. 6. C. d. tit.*

TEXTUS.

De relegatione.

2 *Relegati autem patres in insulam in potestate liberos retinent, & liberi relegati in potestate parentum remanent (2).*

COMMENTARIUS.

1 *Relegati, sive in insulam, sive simpliciter certis provinciis interdicti, omnia sua jura retinent; nec refert, in perpetuum, an ad tempus relegentur, l. 4. l. 7. §. 3. de interd. & rel.* Sed & bona sua omnia retinent, nisi parte bonorum nominatim adempta in perpetuum relegentur, *d. l. 4. d. l. 7. §. ad tempus 4.* Quæ autem ratio est, quod deportati hæc omnia cum civitate amittant, relegati non item? Diversitas intelligi poterit ex verbis sententiæ & forma executionis. Nam deportati perpetuo exilio multati, jubebantur compedibus vinciti & navigio impositi a servis publicis constitutam in solitudinem avehi: quæ condemnatio eos manifeste ad peregrinitatem redigit, *l. sunt quidam 17. §. 1. de pœn.* Relegatis autem dies præstitebatur.

Tom. I.

(1) *L. 2. tit. 32. P. 7.*(2) *L. 3. tit. 18. P. 4.*

tur, intra quem excederent. Mors enim erat ita pronuntiari: *Illum provincia illa insulisque eis relego: excedereque debet intra illum diem, d. l. 7. §. 17. de int. & rel.* Quæ sententia existimationem quidem civis minuit, sed non consumit aut caput eximit de civitate, *l. 5. §. 2. de extr. cogn.* Nomen exilii commune est, exulesque non deportati solum, sed relegati atque interdicti appellantur, *l. 4. l. 5. de interd. & rel.* quippe omnes extra solum missi, sive solo patrio expulsi; unde exulem dici, auctores sunt Festus, Nonius & Quintil. *declam. 336.* Plerumque tamen & quasi proprie exilium de deportatione dicitur, quasi relegatio exilium proprie non sit, cum jus civitatis retineatur, *l. 2. de publ. jud.* Hinc & Ovidius se non exulem esse scribit, sed relegatum, *lib. 2. & 5. trist.*

TEXTUS.

De servitute pœnæ.

3 *Pœnæ servus effectus, filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, & qui bestiis subjiciuntur (3).*

COMMENTARIUS.

1 *S*is, qui civitatem retenta libertate amittit, liberos in potestate habere desinit, & mortui loco habetur: quæ

(3) *Vid. l. 2. tit. 18. P. 4. & gloss. 6. Gregor. Lop.*(1) *L. 2. tit. 18. P. 1.*

to magis, qui cum civitate simul & libertatem? Servitutem enim vel maxime mortalitati veteres comparabant, *l. quod attinet 32. l. servitutem 209. de div. reg. jur.*

2 *Pœnæ servus*] Pœnæ servus dicitur: *Qui non alium dominum habet, quam ipsam quodammodo pœnam, cui additus est.* Ideoque si quid tali servo legatum sit, pro non scripto esse, quasi non Cæsaris servo datum, sed pœnæ, Marcian. respondit, *l. 17. de pœn.* Cæterum non solum servitute pœnæ, cujus solius hic fit mentio, verum etiam quovis alio genere servitutis patria potestas solvitur; puta si liber homo major 20. annis ad pretium participandum se venundari passus sit; aut si libertus ingratitude convictus redigatur in potestatem domini, §. 1. *infr. de cap. dem.* Quominus qui ab hostibus capiuntur huc pertineant, facit jus postliminii, & lex Cornelia testamentaria, §. 5. *infra hoc tit.*

3 Jure novissimo servitus pœnæ sublata est, *nov. 22. cap. 8. auth.* Sed hodie *C. de donat. inter vir. & uxor.*

TEXTUS.

De dignitate.

4. *Filius familias si militaverit, vel si Senator, vel Consul factus fuerit, remanet in potestate patris; militia enim vel consularis dignitas de patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa Pa-*

(1) *L. 7. tit. 18. P. 4.*

triciatus dignitas illico, imperialibus codicillis præstitis, filium a patria potestate liberat (1); Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum, potestatis suæ nexibus filium liberare: imperatoriam autem celsitudinem non valere, eum, quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate?

COMMENTARIUS.

1 *Si militaverit*] Milites multis privilegiis & prærogativis a Principibus donati sunt; nexu tamen patriæ potestatis jure sacramenti eos solvi noluerunt, *l. 3. C. de castr. pec.* Observandum obiter, militiam speciem quandam fuisse dignitatis, atque inde factum, ut omnia fere officia etiam civilia, militiæ postmodum dictæ sint.

2 *Vel si Senator, vel Consul*] Non obstat huic loco quod dicitur in *l. antepen. de his, qui sui vel al. jur.* in publicis causis filium familias haberi loco patris familias, veluti ut Magistratum gerat &c. Hoc enim non significat filium Consulatum, aliove munere publico liberari patria potestate: sed patriam potestatem non obstare, quominus Consul, puta, aut Prætor creetur, omniaque munia Magistratus sui obeat, etiam repugnante patre, atque adeo etiam adversus patrem, *l. 13. in fin. & l. seq. ad senat. Trib.*

3 *Ex nostra constitutione*] *l. ult. C. de Consul. lib. 12.* Quod Justinianus in *d. consit.* Patriciatui tri-

tribuit, id postea produxit etiam ad alias dignitates, & ad eas omnes quæ a Curia liberant: nominatimque idem jus concessit Consulatu, Præfecturæ prætorianæ, Præfecturæ urbicæ, Præturæ, Magisterio militum, & denique Episcopatu, *novell. 81. in pr. cap. 1. & 3.*

4 *Summa Patriciatus dignitas*] Stante Republ. Patricii dicebantur, qui eorum Senatorum progenies erant, quos Romulus creaverat. Antiquissimæ quoque ejusque Senatoriæ familiæ liberi, ætate Livii, Patricii appellabantur. Verum longe aliter Patricii in constitutionibus recentiorum Imp. accipiendi sunt. Nam translato Constantinopolim Imperio, cœpere Principes ex Senatoribus, qui curilibus Magistratibus functi erant, sibi consiliarios, & quasi patres legere, quos Patricios dici placuit, quasi patres communes Reip. auctore Suida: Atque ex eo tempore Patriciatus nomen esse cœpit supremi consilii.

5 *Codicillis præstitis*] Codicilli apud Latinos inter alia significant diplomata, sive litteras principales, quibus honores mandantur; ut apud Sueton. in *Claud. cap. 29. & l. 12. C. de dign. uti. & hoc loco.*

6 *Quem sibi patrem elegit*] Patricii Imp. Constantinopolitanis parentum loco erant: quæ parentis appellatio Claudiano lepidi joci materiam tribuit. Is enim in Eutropium Patricium, cujus bona publicata, & in fiscum coacta erant, sic ludit in *lib. 2. in Eutrop. vers. 49.*

Direptas quid plangis opes, quas natus habebit?

Non aliter poterat Principis esse pater.

Quorum versuum hic sensus est: Eutropium æquo animo adversum; fortunæ casum, bonorumque suorum publicationem ferre debere; cum eo modo ad Principem, qui ei filii loco fuerit, & cujus ipse parens appellatus sit, ea pervernerint. Extat constitutio Imp. Arcadii & Honorii in *C. Theod. tit. de pœn.* qua hic Eutropius in insulam Cyprum, quò bonis publicatis & adempta dignitate relegatus erat, deportari jubetur.

7 *IN HISPANIA* duodecim ejusmodi dignitates filium a potestate patris liberantes, a *l. 7. usque ad 15. tit. 18. P. 4.* quas inter & Patriciatus dignitas, & cæteræ, de quibus Justinianus in *d. nov. 81.* vel-eis similes recensentur.

TEXTUS.

De captivitate & postliminio.

5. *Si ab hostibus captus fuerit parens; quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt: ideo reversus etiam liberos habebit in potestate; quia postliminium fingit, eum, qui captus est, in civitate semper fuisse. Si vero ibi decesserit, exinde ex quo captus est, pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius, ne-*

posse, si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus, propter jus postliminii jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dicitur autem est postliminium a limine & post. Unde eum, qui ab hostibus captus est, & in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus. Nam limina sicut in domo finem quandam faciunt; sic & imperii finem esse limen, veteres voluerunt. Hinc & limen dictum est quasi finis quidam & terminus. Ab eo postliminium dictum est, quia ad idem limen revertebatur quod amiserat. Sed & qui captus victis hostibus recuperatur postliminio rediisse existimatur.

COMMENTARIUS.

1 **Quamvis servus hostium fiat**] Constat, eos, qui ab hostibus capiuntur, jure belli servos hostium fieri, & consequenter desinere liberos habere in potestate. Verum Romani, quicumque ex suis capti essent, servorum numero apud se haberi non debere censuerunt; nihilque eorum cum effectu amittere, quæ alias per servitutem amitti solent. Cumque fieri possit, ut capti ad suos reverterentur; fieri item, ut apud hostes decederent; in utrumque eventum captis prospexerunt: in illum fictione juris postliminii, qua fingitur captos in civitate semper fuisse; in hunc fictione legis Corneliæ, qua fingitur captum decessisse ante captivitatem.

2 **Omnia pristina jura recipiunt**] Puta civitatem, familiam,

bona sive eorum dominium. Recte autem jura, l. 5. §. 1. l. 12. §. 1. de capt. & postl. rev. nam ea, quæ facti sunt, postliminio non continentur: qualis est, verbi causa, possessio: quæ idcirco interrupta captivitate non restituitur, l. 19. ex quib. caus. maj. l. 23. §. 1. de acq. poss. Sicut autem postliminio reversus jura recipit, ita & in ipsum jura restituitur, l. 6. d. l. 12. §. 6. de capt.

3 **In civitate semper fuisse**] Non est levis momenti hæc fictio; nam inde est, quod, quæ filius medio tempore quæsit, pater reversus tanquam sibi quæsit occupare possit jure peculii, etiam defuncto pridem filio; l. pen. de suis & leg. her. inde quoque est, quod patre reverso denegatur actio creditori, a quo filius, dum pater apud hostes est, mutuam pecuniam accepit, quasi contra SC. credita sit, l. 1. §. 1. de SC. Mac. denique hinc est, quod Ulp. respondit, non posse ei, cujus pater in potestate hostium est, tutorem dari, l. 6. §. ult. de tutel. qui recte utique daretur, si filii interim pro iis, qui sui juris sunt, haberentur. Deportati & restituti patris alia ratio, l. ult. §. 1. C. de sent. pass.

4 **Exinde ex quo captus est**] Hæc fictio est legis Corneliæ, l. 12. qui testam. fac. §. ult. infr. quib. non est perm. fac. test. eaque in omnibus partibus juris servatur, l. 18. de capt.

5 **Ab hostibus recuperatur**] Ad jus postliminii nihil interest, quomodo captus revertatur; utrum dimissus, an vi, vel fallacia, aut

Quibus modis Jus patriæ potestatis solvitur.

victis postea hostibus; ita tamen, si ea mente fuerit, ut illò non reverteretur, l. 26. ff. de capt. Et ideo Attilium Regulum, responsum est, non esse postliminio reversum, quia juraverat, Carthaginem se reversurum, l. 5. §. 3. d. tit. Grot. lib. 3. de jur. bell. & pac. cap. 9. Imo & ad redemptos hoc jus pertinet, dummodo ei qui redemit, lytrum seu pretium redemptionis fuerit redditum, l. 12. §. 7. de captiv.

6, Quoad HISPANIAM attingit, recole quæ diximus in §. 3. de jur. person.

TEXTUS.

De emancipatione, item de modis & effectibus ejusdem.

6. **Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse** (1). Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem proeedebat, quæ per imaginarias venditiones, & intercedentes manumissiones celebrabatur: vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformavit: ut fictione pristina explosa, recta via ad competentes Judices, vel Magistratus parentes intrent, & filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps a sua manu dimittant. Et tunc ex edicto Prætoris in bonis ejusmodi filii, vel filia, vel nepotis, vel

neptis, qui quæve a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel cæteris ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur (2).

COMMENTARIUS.

1 **Alius modus solvendæ patriæ potestatis hic proponitur, nempe emancipatio**, quæ jure Justiniano attentò definitur ita potest: *Actus legitimus, quo liberi e manu patris apud competentem Judicem dimittuntur*. Ea que dicitur olim celebrata fuisse per imaginarias venditiones & intercedentes manumissiones. Hoc ut penitus intelligatur, sciendum est, lege Romuli cautum fuisse, & a Decemviris postea in quartam tabulam relatum, ut si pater filium ter, filiam autem, & cæteros liberos semel mancipasset, hoc est, vendidisset, manumissi postea ab emptore sui juris efficerentur: ille trina manumissione, hi unica. Ad cujus emancipationis imaginem postea institutum fuit, ut pater simulato & dicitur causa, accepto uno nummo, filium ter, cæteros autem liberos semel venderet, contracta cum emptore fiducia, ut hic eum iterum patri remanciparet sive venderet, & a patre tandem manumissus filius, quasi patronatus jura patri tanquam manumissori servarentur.

(1) L. 15. titul. 18. Part. 4.

(2) L. 10. titul. 16. Part. 6. vers. Orosii.

2 *Ex imperiali rescripto*] Hic modus emancipandi ab Imperatore Anastasio introductus est, qui etiam neglecta antiquæ emancipationis fabula, potestate ab Imperatore impetrata, ejusque rescripto apud Magistratum exhibitio, liberos emancipari permisit, modo filius infante major consentiret, *l. pen. C. de emanc. lib.*

3 *Etiā hoc in melius reformavit*] Nimirum quod Anastasius de precibus super emancipatione Principi offerendis, ejusque rescripto prius impetrando constituerat; ut jam ex *constitutione* Justiniani emancipatio etiam fiat sola professione patris apud competentem Judicem denuntiantis, se filium suo juri permittere. Extat constitutio in *l. ult. C. de emanc. lib.*

4 *A sua manu dimittant*] Manumitti non tantum servi a domino, sed etiam filii & filiarum familias a patre dicuntur, pro emancipari, *tit. si a par. quis man.* propterea quod jure antiquo in patris sui manu mancipioque erant, & venditi ac mancipati in servilem causam redigebantur, licet postea in imaginariam duntaxat, *l. 3. §. 1. de cap. min.* Hinc emancipatus a parente liberti exitum pati dicitur, & patens patroni personam sustinere, *l. 1. d. tit. si a par. quis man.*

5 *Tutelam ejus nanciscitur*] Consequens erat, eum onus tutelæ subire, qui speraret successionem, *l. 1. de legit. tut.* (1). Agitur de hac tutela *infr. tit. 18.*

(1) *L. 10. tit. 16. P. 6. vers. E* por ende.

6 , IN HISPANIA ut Judices, ordinarii filium emancipatum de-clarare valeant, debent prius certiore facere Supremum Senatū, instrumenta & causas emancipationis exhibentes. Aliter, facta emancipationis declaratio, nulla erit, *senat. 20. tit. 9. lib. 3. Recop.*

TEXTUS.

Si alii emancipentur, alii retineantur in potestate.

7. *Admonendi autem sumus, liberum arbitrium esse ei, qui filium, & ex eo nepotem, vel neptem in potestate habet, filium quidem de potestate dimittere, nepotem vero, vel neptem retinere, & e converso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero, vel neptem manumittere, vel omnes sui juris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta esse intelligantur.*

COMMENTARIUS.

I **T**otus hic locus descriptus est ex *l. 28. de adopt.* Illud hic queritur, an ejus quoque, qui a parente manumittitur, voluntas spectanda sit: an vero etiam invitum emancipari possit? Et puto idem hic dicendum quod de eo dicitur, qui a patre in adoptionem datur, §. seq. *l. 24. de adopt.* nimirum necesse non esse, ut expresse consentiat. Cæterum non oportere eum dissentire aut contradicere (2), arg. *l. pen. in fin.*

(2) *L. 17. tit. 18. P. 4.*

Quibus modis Jus patriæ potestatis solvitur. 87

fn. C. de emancip. lib. nov. 89. cap. 11. Paulus quoque *lib. 2. sent. 25. in fin.* scribit, invitum filium familias non emancipari. An autem & quando qui tacet consentire intelligatur, non est hujus loci disputare. Tractant tamen hanc quæstionem Jo. Fab. & Ang. & Myns. ad hunc locum.

2 , JUS HISPANUM circa hujus §. doctrinam pendet ab iis, quæ in §. 3. *de patr. potest.* dicta sunt. Et nota insuper filium minore septem annis emancipari non posse absque rescripto Principis, juxta *l. 16. tit. 18. P. 4.*

TEXTUS.

De adoptione.

8. *Sed & si pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali secundum nostras constitutiones super his habitas in adoptionem dederit, id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem Judicem manifestaverit, præsentem eo, qui adoptatur, & non contradicente, necnon eo præsentem, qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis patris naturalis: transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona & adoptionem esse plenissimam, antea diximus (1).*

COMMENTARIUS.

I **A**vo vel proavo naturali] Nam si extraneo in adoptionem datus sit, jura patris

(1) *L. 10. tit. 16. P. 4.*

naturalis integra manent, *l. pen. C. de adopt. §. 2. supr. eod.* ubi dictum est.

2 *Et non contradicente*] Hoc etiam paulo ante tetigi (2). *Locus autem hic* descriptus est ex *l. ult. C. de adopt. fac. l. 5. ff. eod.*

3 *Necnon eo præsentem qui adoptat*] Absens adoptare non potest, *l. 25. §. 1. de adopt.* quia, ut ait *ibi* Jurisconsultus, nemo poterit alium hujusmodi solemnitatem peragere potest.

TEXTUS.

De nepote nato post filium emancipatum.

9. *Illud scire oportet, quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium tuum emancipaveris, vel in adoptionem dederis, prægnante nuru tua; nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem, vel adoptionem conceptum fuerit, patris sui emancipati, vel avi adoptivi potestati subijcitur.*

COMMENTARIUS.

I **N**epos non ex nativitatis, sed ex conceptionis tempore familiam sortitur; quia ex eo tempore jam in rerum natura esse creditur, *l. 7. l. pen. de stat. hom. Ulpian. tit. 5. §. 9.* Sic & is qui conceptus est prius, quam pater senatu moveretur, Senatoris filius intelligitur, *l. 7. §. 1. de Senat.*

(2) *L. 1. tit. 16. P. 4.*

2, Quod ad HISPANIAM at-
tinet, repete quæ notavimus §. 3.
de patr. potest.

TEXTUS.

An parentes cogi possint,
liberos suos de potestate
dimittere.

10. Et quidem neque natu-
rales liberi, neque adoptivi ullo
pene modo possunt cogere paren-
tes, de potestate sua eos dimit-
tere (1).

COMMENTARIUS.

I Quomodo liberi, qui
vel ab initio sui juris
fuerunt, vel postea facti sunt, in-
viti in potestatem patris non re-
diguntur, l. ult. de his qui sui
vel alieni juris sunt, novell. 89.
cap. 11. ita nec vice versa a li-
beris in potestate constitutis cogi
parentes possunt, ut eos a pot-
estate sua dimittant, l. 31. de
adopt. l. 4. C. de emancip. liber. (2)
ex quo loco etiam ratio hujus ju-
ris peti potest.

2 Pene] Aut, pene, propter-
ea quod aliquando audiuntur, qui
emancipari desiderant, ut impu-
bes, qui adoptatus est, pubes fa-

ctus, l. 32. de adopt. Sed & alios,
si justa causa sit, audiri æquum
est; veluti si a patre ad turpi-
tudinem adigantur, l. 12. C. de
episcop. aud. aut male contra pie-
tatem afficiantur, l. ult. si a par-
quis man. Sed & is filium eman-
cipare cogitur, qui legatum ea
conditione sibi relictum agnovit,
l. 92. de condit. & demonstr. (3).
Et jure novissimo etiam de pot-
estate patris exeunt liberi, si pa-
ter incestas & nefarias nuptias
contraxerit, nov. 12. cap. 2. (4).

3, IN HISPANIA præter mo-
dos in hoc titulo recensitos, sol-
vitur etiam patria potestas nu-
ptiis benedictis filii, ita ut nu-
ptiæ non sufficiant, nisi earum
benedictio sequatur, secundum
legem 8. tit. 1. lib. 5. Recopil.
quæ est 47. Tauri, & ibi Ant.
Gomez, aliique. At Anton. a
Torres in suis institut. §. 1. hoc
tit. Martin. Galin. secutus, vult
benedictiones seu velationes nu-
ptiarum non requiri, sed solum
matrimonium rite contractum
sufficere, nonnulla ex contraria
sententia absurda inferens; qui-
bus facile occurritur, si dicamus
casus ibi relatos fortuitos sine
adventitios esse, qui non com-
putantur, l. 6. qui & a quib.
manum.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE TUTELIS.

D. Tit. 1. Lib. 26. & Novell. 72. (1).

Ratio ordinis.

I Hucusque dictum est de
his, qui sunt juris alie-
ni, quæ prima pars est divisio-
nis supra positæ tit. 8. Superest,
ut ad eos nos conferamus, qui
sui juris sunt; quos pars altera
dictæ divisionis complectitur.

in curatione; cæteri neutro jure
tenentur: quæ posterioris partis
illius, quam dixi, divisionis sub-
divisio est.

2 In potestate non sunt] Pa-
tria sc. vel dominica, in qua qui
sunt, non sui, sed alieni juris
sunt: alioqui & tutela species
quædam est potestatis (quod ver-
bum & alia plura significat, l. pot-
estatis 215. de verb. signif.) sed
quæ ad statum & caput ejus, qui
in tutela est, non pertinet, nec
ad commodum tutoris compara-
ta est, sicut patria & dominica
ad patris & domini. Pupillus e-
nim non in manu aut familia tu-
toris, sed sui juris est; nec illi
acquirat, sed sibi.

TEXTUS.

De personis sui juris.

Transeamus nunc ad aliam
divisionem personarum. Nam ex
his personis, quæ in potestate
non sunt, quædam vel in tutela
sunt, vel in curatione; quædam
neutro jure tenentur. Videamus
ergo de his, quæ in tutela, vel
curatione sunt. Ita enim intelli-
gemus cæteras personas, quæ
neutro jure tenentur. Ac prius
dispiciamus de his, quæ in tu-
tela sunt.

TEXTUS.

Tutelæ definitio.

I. Est autem tutela (ut Ser-
vius definiit) vis ac potestas
in capite libero ad tuendum eum,
qui per ætatem se ipse defende-
re nequit, jure civili data, ac
permissa (2).

COMMENTARIUS.

I Nam ex his personis]
Eorum, qui sui juris
sunt, quidam sunt in tutela; alii

Tom. I.
(1) Tit. 16. P. 6.

M
(2) L. 1. tit. 16. P. 6.

(1) L. 17. tit. 18. P. 4.

(2) D. l. 17. tit. 18. P. 4.

(3) L. 18. cod.

(4) L. 6. tit. 18. P. 4.

COMMENTARIUS.

1 *Vis ac potestas*] Ita & in *l. 1. pr. ff. cod. Gen-eris loco ponitur vis ac potestas, quæ duo frequenter conjunguntur, ut in l. 17. de legib. §. 3. infra de interd. & significant facultatem aut jus pro auctoritate quid faciendi statuendive, tum in persona pupilli, tum in rerum pupillarum administratione.*

2 *In capite libero*] Objectum tutelæ, & est vetus locutio, pro *in caput liberum*, ut in illo XII. Tabularum: *Si furiosus existat agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Item in formula adrogationis apud Agell. 5. cap. 19. *Utique ei vitæ necisque in eo potestas siet.* Caput autem liberum pro homine libero veteres dicebant, Cicero 4. Verrin. *Hic de capite libero judicabit*, Liv. lib. 31. cap. 21. *Liberi capita sine pretio dimisit.* Hinc caput liberum facere apud Plant. *Merc. act. 7. sc. 2. vers. 41. seq.* pro manumittere.

3 *Ad tuendum eum*] Hæc verba finem tutelæ indicant, & simul officium tutoris: nam ut tutela pupillorum gratiâ constituta est, ita & ad utilitatem eorum tota referenda. Distinguunt itidem tutelam a patria potestate, quæ magis ipsius patris causa comparata est, sicut & dominica domini, cujusque vis non minus in coercendo, quam in tuendo filio posita est. Innuunt præterea, tutorem principaliter personæ da-

(1) *D. l. 1. tit. 16. P. 6.*

ri, non certæ rei aut causæ (1) in quo differt a curatore, §. 4. seq. tit. junct. §. 2. *infra de cur. defendere*] His verbis distinguitur tutela a curatione, quippe quæ comparata est eorum omnium causa, qui rebus suis ipsi superesse non possunt, licet propter aliam causam, quam ætatem; ut sunt furiosi, prodigi, mente capti, & qui perpetuo morbo laborant, §. 3. & 4. *infra de cur. ut.*

4 *Qui per ætatem se ipse defendere*] His verbis distinguitur tutela a curatione, quippe quæ comparata est eorum omnium causa, qui rebus suis ipsi superesse non possunt, licet propter aliam causam, quam ætatem; ut sunt furiosi, prodigi, mente capti, & qui perpetuo morbo laborant, §. 3. & 4. *infra de cur. ut.*

5 *Jure civili*] Clausula hæc ad definitionem necessaria non est; sed ideo adjecta, ne quis putet, hanc potestatem temere & pro arbitrio a quibusvis posse usurpari.

6 *Data ac permissa*] Datur legitima, hoc est, legitimi tutores immediate sine facto testatoris, aut Magistratus a lege ad tutelam vocantur, *l. 5. in pr. & l. 6. de legit. tut.* Permittitur, quæ prius data est aut testamento, aut a Magistratu, illa lege XII. Tab. *l. 1. de test. tut.* hæc aliis legibus, & constitutionibus, *infra de Attil. tut.*

TEXTUS.

Definitio & etymologia tutoris.

2. *Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tutores, atque defensores, sicut Aeditui dicuntur, qui ædes tuentur.*

*T*extus iste planus est.

TEX-

TEXTUS.

Quibus testamento tutor datur, & primum de liberis in potestate.

3. *Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare (1). Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo: nepotibus vero neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento tutores habere, quamvis in potestate tua fuerint: scilicet, quia mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Species tutelæ tres sunt: testamentaria, legitima, & Attiliana sive dativa (2), quas nunc ordine persequitur; initio facto a testamentaria, quæ reliquis duabus potior est, infr. tit. 15. in pr. l. 9. §. 1. in fin. de tut. & rat. dist.* sicut & in deferenda hereditate potior causa est hereditum ex testamento, quam ab intestato, *l. 39. de acq. her. l. 89. de div. reg. jur.* Ait, permissum esse parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare, paucis verbis complectens & personam dan-

tis, & ejus, cui datur, & formam dandi sive modum. In persona dantis exigit, ut sit parens: in persona eorum, quibus datur, ut sint liberi, ut impuberes ut sint in potestate dantis (3): sunt & qui quartum requirunt: ut heredes instituantur, contra expressum textum *l. 4. de test. tut.* & jus veteris patriæ potestatis, arg. §. 4. *infra de pup. subst.* Requiritur autem ut sint sui heredes, ut statim videbimus. In modo dandi, ut detur testamento. Testamento autem datus etiam is accipitur, qui codicillis testamento confirmatis scriptus est, *l. 3. de test. tut.*

2 *In filios filiasque*] Lex XII. Tab. generali vocabulo liberorum usa est sine discrimine sexus aut gradus. Sive igitur feminae sint, quibus tutor datus est, sive masculi, sive filii, sive nepotes, quia hi omnes appellatione liberorum continentur, §. ult. *seq. tit.* valet datio. Cæterum in nepotibus non aliter procedit, quam si post mortem avi in potestatem patris sui non recidant: quippe tutorem habere non potest qui est in potestate patris, *hoc tit. in pr.* Deinde nepos quandiu pater eum in familia præcedit, non est suus heres avo, §. 2. *infra de her. qual. & diff.* tutor autem dari non potest nisi suo heredi, *l. 73. §. 1. de div. reg. jur.* Est tamen casus ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes est in potestate, *l. 10. §. 2. de test. tut.* ex vi scilicet legis Vel-

M 2

le-

(1) *L. 3. tit. 16. P. 6.*(2) *L. 2. eod.*(3) *D. l. 3. eod.*

lejae, quam explicabimus *infra* §. 2. *de exher. liber.*

3, IN HISPANIA cum, ut sæpe diximus, nepotes non sint, in potestate avi, non poterit hic, ipso jure, eis testamento tuto-rem dare, adhuc eo casu, quo ipsi avo necessarii heredes fuerint, mortuo nimirum eorum patre, ipso avo vivente. Nam cum potestatem in dante desideret, *l. 3. tit. 16. P. 6.* quæ in hoc, correctæ non apparet, ea omnino necessaria erit; cum non amplius jure novo correctum intelligatur, quam quod specialiter expressum est, cæteris, sub veterum legum regulis, relictis, *l. 32. C. de appell.* Frustra igitur in contrarium disputat Torres, in §. 3. *hoc tit. vers. suis hereditibus.* Vide *infra* §. 2. *de her. qual. & diff.*

TEXTUS.

De posthumis.

4. Cum autem in compluribus aliis causis posthumi pro jam natis habeantur, & in hac causa placuit non minus posthumis, quam jam natis tutores dari posse; si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui heredes, & in potestate eorum fierent (1).

COMMENTARIUS.

1 Quod de tutore liberis jam natis dando dictum est,

(1) *L. 3. tit. 16. P. 6. vers. E* eso puede.

id *hic* etiam ad posthumos producit, hoc est, ad eos, qui tempore facti testamenti adhuc in utero sunt. Et ait Imp. etiam his testamento tutores dari posse, hac ratione, quia qui in utero sunt, plerisque juris articulis pro jam natis habentur: nempe quoties de commodo eorum quæritur (2), ut in casu proposito, *l. 7. & l. pen. de stat. hom.*

2 *Sui heredes & in potestate* Nempe quemadmodum nemo liberis jam natis tutorem dare potest, nisi quos in potestate, & in suis hereditibus cum moritur habet; ita nec posthumis potest, nisi iis, qui, si vivo parente nascerentur, sui heredes, & in potestate ejus futuri essent. Utrumque Q. Mucius paucis complectitur. Nemo, inquit, potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis hereditibus cum moritur habuit; habiturusve esset, si vivisset, *l. 73. §. 1. de div. reg. jur.*

TEXTUS.

De emancipatis.

5. Sed & si emancipato filio tutor a patre datus fuerit testamento, confirmandus est ex sententia Præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.

COMMENTARIUS.

1 *Emancipato filio*] Diximus *tit. præced. §. 6.* liberos per emancipationem potestatem

(2) *L. 3. tit. 23. P. 4.*

estate patris sui liberari (1), quamobrem pater non jure, neque ex præscripto legis XII. Tab. tutorem dat filio emancipato: sed tamen, qui ita non jure datus est, confirmatur auctoritate Magistratus, & quidem simpliciter sive omnimodo, ut *hic* loquitur Justinianus, id est, sine inquisitione, sitne idoneus, necne. Locus potestulat, ut de confirmandis tutoribus paulo, quam *hic* factum est, disseramus accuratius.

2 An tutor jure datus sit, ex hisce tribus potissimum æstimatur; ex persona dantis, si parens est; ex persona eorum, quibus datur, si sint liberi, impuberes, & in potestate dantis; ex modo dandi, si detur testamento, aut codicillis testamento confirmatis, §. 3. *supr. eod.* Quapropter si quis alius, quam parens tutorem dederit: aut parens quidem, sed dederit liberis licet impuberibus, qui in ejus potestate non sunt; aut non dederit testamento, sive codicillis testamento confirmatis; datio ipso jure non valet. Cæterum cum reverentiæ, tum affectui eorum, qui impuberibus non legitime tutores dederunt, tributum est, ut quod deficit, a Magistratu repleatur, datique confirmetur, *l. 1. §. 1. de conf. tut. (2).*

3 Confirmatio autem hæc non est unius modi. Interest enim, an pater tutorem non jure dederit, an quis alius præter patrem. Judicio patris hoc datum, ut si is, aut non jure testamento, aut codicillis non confirmatis, aut quocunque modo filio emancipato tutorem dederit, scriptus tutor simpliciter confirmandus sit, hoc est, sine inquisitione, & satisfactione ei remissa, *hoc text. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. de confirm. tut.* nisi quod ex causa nonnunquam inquisitio fiat, ut in casibus *l. 8. & 2. seqq. d. tit. l. 4. de test. tut. l. 3. §. 3. de adm. tut.* & quod in naturalibus liberis distinguitur, utrum pater, qui tutorem dedit, aliquid iis reliquerit, an nihil, *l. 7. de confirm. tut. l. ult. C. cod.* Quod si alius quam pater tutorem dederit, sive mater sit, sive patronus, sive extraneus quis, non aliter hic tutor confirmatur, quam si & heres impubes institutus sit, *l. 4. de test. tut. l. 4. de confirm. tut. (3).* Quæ etiam ratio est, cur datio sustineatur, *d. l. 4. de confirm. tut.* & inquisitio præcesserit, *l. 2. l. 5. d. tit.* Hoc interest, quod a matre datus satisfactione non oneratur, sed ab ipso Prætoze ex inquisitione confirmatur, *l. 2. de confirm. tut.* Cæteri fere remitti solent ad Magistratus municipales confirmandi, præstita satisfactione, *l. 5. d. tit.*

4 Quod autem diximus, a matre datum tutorem non aliter confirmari, quam si heredem filium instituerit, ei obstat *l. 4. C. de testam. tut.* ubi & liberis non institutis a matre datum confirmari solere rescriptum est. Respondent nonnulli, hoc fieri solitum, non ex juris aliqua constitutione, sed ex usu; quod non placet. Nam retenta lectio-

(1) *L. 15. tit. 18. P. 4.*

(2) *L. 8. tit. 16. P. 6.*

(3) *D. l. 8. vers. Orosii, & l. 6. eod.*

ne negativa, hæc erit *rescripti* sententia: quod tutor a matre liberis institutis testamento datus, recte datus intelligatur, nec egeat confirmatione: secus, si non institutis, id est, præteritis, aut exheredatis dederit; quod aperte falsum est. Tollenda omnino in *d.l. 4. negatio cum Cujacio & Fabroto*, ex illis verbis: *Quando autem eos heredes (non) instituerit*; quomodo, detracta scilicet negatione, & in quibusdam codicibus legi, testatur Pacius: ita omnia & inter se & cum ratione juris optime convenient. Ne quis ex eo, quod simpliciter dixerat Imperator, non posse matrem filiis testamento tutorem dare, nisi eos heredes instituerit, putaret, cum eos heredes instituerit, dationem sustineri ipso jure; mox quomodo hoc, quod dixerat, intelligendum sit declarat: nempe, etsi ne tunc quidem cum liberis institutis mater tutorem dat, ipso jure datio valeat, datum tamen a Præsidibus confirmari solere. Et sic bene quæ se habent illa sequentia: *Nullo vero ex his interveniente &c.* nempe si aut mater non instituto filio tutorem dederit, aut instituto datus non sit confirmatus. Pater vero etiam filio exheredato jure tutorem dat, *l. 4. l. 26. §. 2. l. 31. de test. tut.* quoniam tam exhereditatio jure patriæ potestatis fit, quam delegatur tutela.

¶ Porro tutores ita confirmati sub eodem genere cum testamentariis comprehendi possunt. Pri-

(1) *L. 6. & 8. d. tit. 16.*

mum quia perinde confirmati dicuntur, ac si ex testamento tutores essent, *l. 3. de conf. tut.* nisi quod a matre, aut ab extraneo dati ex inquisitione confirmantur, quod naturam tutoris non mutat, arg. *l. 4. & seqq. eod.* Deinde quia confirmatio non pendet a voluntate & sola potestate confirmantis, sed magis in necessitate juris posita est: tenetur enim Prætor datum confirmare (1) & judicium defuncti, cujus proinde potissima ratio habetur, in confirmando sequi, *l. 1. §. 1. eod. l. 32. de excus.* Unde apparet, etiam antequam confirmantur, pro testamentariis quantenus haberi, ut legitimis præferantur: & male ratiocinari eos, qui ob id, quod is, qui confirmat, aliquando dare censetur, per *l. 130. de verb. sign.* tutorem confirmatum pro dativo potius, quam testamentario habendum existimant; confundentes confirmationem necessariam cum ea, quæ tota pendet ab arbitrio & voluntate confirmantis. Denique testamentarius curator discrete appellatur qui testamento datus confirmatus est, *l. 7. rem pup. salv. fore.* Plane non omnes hujus tutelæ species æque prope ad testamentariam accedunt: nec repugno, si quis mixtam dici malit.

6. IN HISPANIA Judex confirmare tenetur tutorem pupillo, datum a patre naturali, matre, extraneove qui ipsum pupillum, heredem instituerint, *ll. 6. & 8. tit. 16. P. 6.* quæ nullam satisfactionis neque inquisitionis men-

,tio-

tionem. faciunt. Et in dato a matre addit *eadem l. 6.* posse Judicem eum confirmare, si mater pupillum heredem non fecerit, ei tamen alia via aliquid reliquerit.

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

QUI TESTAMENT. TUTORES DARI POSSUNT.

D. Lib. 26. Tit. 2. Cod. Lib. 5. Tit. 28. (1).

Continuatio, & argumentum tituli.

I *Superiore titulo* dictum est de his, qui testamento tutores dare, & quibus possunt: quæ quidem sola spectantur, sed tunc tantum, cum is, qui datus est, & tutor esse possit; de quo nunc deinceps disputatur; & simul de modis testamento tutores dandi; deque intellectu atque interpretatione nonnullorum verborum, quibus testator in dando tutore usus sit.

TEXTUS.

De filiofamilias.

Dari autem tutor potest testamento non solum paterfamilias, sed etiam filiofamilias.

COMMENTARIUS.

I *Sed etiam filiofamilias.* Idque non testamento solum, sed etiam a Magistratu, *l. 7. de tutel.* Nec obstat, quod

(1) *Tit. 16. P. 6.*

(2) *Argum. leg. 14. tituli. 1.*

filiofamilias in potestate patris esset: nam tutela munus est publicum, *infr. de excus. in pr.* In publicis autem causis filiofamilias non sequitur jus patris, sed pro paterfamilias habetur, *l. 9. de his qui sui vel al. jur. sunt, l. 14. ad sen. Treb. (2).* At enim qui est in aliena potestate, alium in potestate habere non potest, *l. 21. ad leg. Jul. de adult.* Verum hoc est, sed de eodem genere potestatis accipiendum.

TEXTUS.

De servo.

I *Sed & servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est, & sine libertate tutorem datum tacite libertatem directam accepisse videri, & per hoc recte tutorem esse (3).* Plane si per errorem, quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus

lib. 5. Recopil.

(3) *L. 7. tit. 16. P. 6.*

autem alienus pure inutiliter testamento datur tutor (1). Sed ita, cum liber erit, inutiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.

COMMENTARIUS.

I Non solum liberi homines testamento tutores dari possunt, sed etiam servi; quia & cum servis testamento factio est, quatenus tutores dati libertatem, & liberi facti tutelam consequuntur. Disputatur autem hoc text. de triplici forma mandandæ servis tutelæ, tum propriis, tum alienis. Prima hæc est: *Davus tutor & liber esto*; secunda: *Davus tutor esto*; tertia: *Davus tutor esto, cum liber erit*. De prima specie in servo proprio nulla est controversia: in alieno favor pupilli & publicæ utilitatis libertatem fideicommissariam servo defendit, ut nimirum heres eum a domino emat & manumittat, l. 10. in fin. de test. tut. De secunda, quod quidem attinet ad servum proprium, Justinianus hunc directam libertatem tacite accepisse scribit, ac per hoc recte tutorem esse: quod & Paulus non obscure indicat l. quarto 32. in fin. d. tit. cum dicit, hoc ipso, quod a domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri, eamque sibi vindicare posse, & ab adita hereditate liberum esse. Neque obstat l. 9. C. de fideic. her. quia accipienda est de eo casu quo tutor datus est codicillis, seu verbis

(1) D. l. 7. d. tit. 16. P. 6.

precariis. Tertia in alieno servo utilis, in proprio ianis & Iudicra judicatur, tanquam si quis diceret: hæc res tibi empta sit, si voluero.

2 *Directam*] Directa libertas dicitur: *Quæ recta ex testamento ad servum transit sine alterius facto aut opera*, §. 2. infr. de sing. reb. per fid.

3 *Pure inutiliter*] Hoc est, absque conditione, *cum liber erit*. Quid igitur est quod Ulpian. ait d. l. 10. §. ult. de test. tut. in hac datione semper inesse hanc conditionem, *cum liber erit*? An dicemus, hoc contra rationem juris benigne receptum esse? An potius sententiam testatoris inspicendam, ut si hæc non refragetur, valeat; si manifeste repugnet, datio sit inutilis? d. l. 10. in fin. Quid enim, si ita verbis pure datus est, ut nec sententia eum liberum esse, testator voluerit, veluti si liberum eum esse jam ante existimavit? Et hoc verum est.

4, IN HISPANIA *lex 7. titulo 16. P. 6.* generaliter statuit, servum alienum inutiliter tutorem dari.

TEXTUS.

De furioso & minore
25. annis.

2. *Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit, cum compos mentis, aut major viginti quinque annis fuerit factus.*

COM-

COMMENTARIUS.

I Tutores testamento dari possunt, non solum qui tempore facti testamenti iam idonei sunt ad tutelam administrandam, verum etiam qui eo tempore idonei non sunt, modo tales sint, ut natura postea idonei fieri possint, quales sunt furiosi, & minores 25. annis: & cum idonei fuerint tutelam capessent, l. 10. §. 3. l. 32. §. ult. de testam. tut.

2, IN HISPANIA quamvis l. 4. tit. 16. P. 6. generaliter prohibet tutorem dari minorem 25. annis: tamen Gregor. Lopez in glossa 5. ejusd. l. existimat, prohibitionem ad tutorem testamento datum non pertinere; sed ita dari posse secundum juris Romani placita: quam sententiam manifesto probat l. 7. d. tit. 16.

TEXTUS.

Quibus modis tutores
dantur.

3. *Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur* (1).

COMMENTARIUS.

I Etiam in modo testamentis tutores dandi placet testatoris voluntatem servari.

Tom. I.

(1) L. 8. tit. 16. P. 6. in fin.

Sciamus tamen ea, quæ de servis, furiosis, minoribus 25. annis tutoribus datis, itemque de tutore tempore aut conditioni astringendo dicta sunt, omnia propria esse tutelæ testamentariæ (2), atque ex interpretatione verborum legis xii. Tab. *Ut quisque legasset &c.* patri permissa. Non eadem libertas Magistratibus data. Nam hi sub conditione tutorem dare vetantur, l. 6. §. 1. de tutel. Quamobrem nec servus, nec furiosus, nec minor recte ab iis tutor dabitur, sive sub conditione expressa, *servus cum liber erit &c.* sive simpliciter & pure: nam & tunc eadem conditio perinde inesse creditur, atque si expressa esset, l. 10. §. per. & ult. de test. tut. Quid tam varie? Nimirum quia ab officio Judicis aut Magistratus alienum est actus suos suspendere, atque imperfectos relinquere. Ideo enim aditur, ut in præsentibus nobis officium, atque auctoritatem suam, qua opus est, impertiat. Aliam insuper rationem afferunt vulgo DD. quod tutore a patre sub conditione dato, Magistratus sit pendente conditione, pupillo prospicere; at si a Magistratu tutor sub conditione daretur, neminem adiri posse, qui pendente conditione, pupillo consulat. In eo autem Gloss. & DD. in d. l. 6. §. 1. errare existimo, quod putant, etiam Magistratum sub tacita conditione tutorem dare posse, per l. 11. de test. tut. quippe quæ de tutela testamentaria omnino accipienda est, ut

(2) D. l. 8.

& Bart. eam accepit. Plane usque ad conditionem, sub qua tutor testamento datus est, a Magistratu interim alium tutorem dari posse non ambigitur, §. 1. *inf. de Atil. tut. d. l. 11. in pr.*

TEXTUS.

Cui dantur.

4. *Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest: quia personæ, non causæ vel rei tutor datur* (1).

COMMENTARIUS.

1 *Certæ rei vel causæ*] Veluti Mævius, quia mercaturæ peritus est, tabernæ pupilli tutor esto: quia juris & consuetudinis forensis, lites & controversias persequatur, & si ita fuerit datus, tota datio nihil valebit, nec deductis rebus, l. 12. & *seqq. de test. tut.* Aliud juris est dum quis certæ rei heres scribitur, cujus institutio detracta rei mentione valet, l. 1. §. 4. *de her. inst.* sed de hoc plura dicemus §. 5. *de her. inst.*

2 *Quia personæ*] Datur enim tutor ad tuendum pupillum, §. 1. *super. tit.* Non obstat l. 12. §. 3. *de adm. tut.* Aliud enim est certæ rei tutorem dare, aliud rebus pupilli omnibus tutorem daturæ præpositum intelligi. Nam cum personæ pupilli tutor detur, per consequentiam etiam rebus ejus dari intelligitur, quæ conditionem personæ sequuntur. Et vero si

(1) L. 1. tit. 16. P. 6. *in fine.*

personæ pupilli consulendum est, necesse est, ut non tantum personæ & moribus pupilli, sed etiam rebus ejus tutor præponatur, d. l. 12. *de test. tut. d. l. 12. §. 3. de adm. tut.* Atque in hoc præcipue differt tutor a curatore, qui rebus minoris principaliter datur, l. 8. C. *de nupt.* & ad unum certumque negotium recte decernitur, §. 2. *infr. de curat. l. 7. de tut. dat.* Plane si tanto locorum intervallo disjunctum sit patrimonium, ut difficulter ab uno administrari queat, pupilli favore receptum est, ut rebus ita disjunctis, puta rei Africanæ, aut Syriacæ, tutor dari possit, l. 15. *de test. tut.* quo tamen casu singuli tutores in solidum dari intelliguntur, nec tam tutela dividi, quam administratio.

3 Una sane superioris regulæ exceptio videtur, quod impuberi ad hereditatem adeundam, ut tutor detur ex causa permissum est, l. 9. *de tut. dat. l. 10. de test. tut.* Mater quoque dicitur potius in rem, quam in personam tutorem dare videri, l. 4. *de testam. tut.* quasi nec verus tutor sit, qui ab eodatus est, qui jus dandi tutorem ex lege non habet: vel potius quia non aliter confirmatus quam si pupillum heredem fecerit, d. l. 4.

TEXTUS.

De tutore dato filiabus, vel filiis, vel liberis, vel nepotibus.

5. *Si quis filiabus suis, vel*

filiis tutores dederit, etiam posthumæ, vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filia appellatione & posthumus & posthuma continentur. Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum & ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut & ipsis quoque dati videantur, si modo liberis dixerit. Cæterum si filios; non continebuntur. Aliiter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si posthumis dederit, tam filii posthumi, quam cæteri liberi continebuntur.

COMMENTARIUS.

1 *Voluntatis quæstio est,* cum quæritur, qui liberi appellatione filiorum, liberorum, posthumorum contineantur. Et de liberis, ut inde incipiam, nulla dubitatio est, quin ea appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineantur: sive filii sint, sive nepotes, aut deinceps, sive jam nati, sive adhuc nascituri, l. *liberorum* 220. *de verb. sign.*

2 De filiis duo hic quærentur; unum est, an eorum appellatione etiam posthumi contineantur: alterum an & nepotes. De primo ait: *Si quis filiabus suis, vel filiis tutores dederit, etiam posthumæ, vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filia appellatione & posthumus & posthuma continentur;* quod & Ulp. respondet l. 5. *d. tit.* Cui tamen loco ob stare videtur quod idem Ulp. scribit l. 17. *in pr. de legat. 1.* eum, qui filiabus legavit, non intelligi posthumæ legasse, nisi &

mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecerit. Sed hæc minime pugnant. Tutor enim datur jure potestatis ut filiis & liberis; posthumi autem æque filii & liberi sunt, ac cæteri. Legata vero liberis non ut liberis relinquuntur, sed ex singulari affectione erga certos: quæ affectio in proposito erga posthumam non præsumitur; ita fere Ang. *hic* post Gloss. in d. l. 17.

3 Alterum est, utrum filiorum appellatione etiam nepotes veniant. Et ait, non venire. Quia aliud sit filius, aliud nepos: filius enim est, qui ex me & uxore mea natus est; nepos qui ex filio meo: hoc idem & Ulp. d. l. 6. Quid ergo est quod legimus in l. *filiis* 84. l. *liberorum* 220. *de verb. sign.* filiorum appellatione etiam nepotes cæterosque, qui ex nobis descendunt, contineri? Nimirum ubi justa interpretatio id suadet, l. *justa* 201. *eod. tit.* Nam nec a proprietate verborum aliter recedendum est, l. *non aliter* 69. *de legat. 3.* exempla suppeditant l. 59. *de rit. nupt. l. 2. §. filiis* 28. *ad sen. Tert. l. 14. de sen. Mac.* Et fingamus in proposito, testatorem filios non habere, sed nepotes tantum: aut finge, nepotes solos esse impuberes; dubitandum non est, quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egisse videatur: quod nemo velle censetur. At si filiis testator habeat impuberes, nulla justa causa est, cur recedamus a proprietate sermonis, dicamusque, filiorum appellatione & nepotes eum complecti voluisse. Nam nepotibus for-

rasse magis expediet peculiarem tutorem habere, legitimum vel datum, quam eum, qui a parente datus est, qui filiorum tutela satis sit implicitus atque occupatus. Cui adde, quod *hic* agitur de gravando extraneo, cujus intersit, ne nimium oneretur. Illud *hic* omissum est, an appellatio-

ne filiorum etiam filiarum contineantur. Responsum est, contineri, *l. 16. in pr. de test. tut.* quippe in toto jure pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum porrigitur, *l. 1. l. pronuntiatio 195. de verb. sign.*

4 De posthumis est in vers. *Plane si posthumis.*

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

D. Lib. 26. Tit. 4. Cod. Lib. 5. Tit. 30. (1).

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

I Testamentariam tutelam excipit legitima. Ea est: *Quae lege defertur iis fere, qui ad legitimam hereditatem impuberis vocantur.* Species hujus tutelae quatuor: *Agnatorum, patronorum, parentum, & fiducia-ria*; quarum duae priores proprie sunt legitimae, *l. 1. hoc tit.* sequentes duae non ita. Singulae singulis titulis *hic* explicantur: in *D. & C.* omnes uno. *Hoc autem titulo* exponitur species prima, quam agnatorum esse diximus.

TEXTUS.

Summa.

Quibus autem testamento tutor datus non est, his ex lege XII.

(1) *Tit. 16. P. 6.*

Tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

COMMENTARIUS.

I *Quibus testamento*] Semper enim legitimi tutores, ut *supra* quoque dictum est, cedunt testamentariis, *l. 11. de test. tut.* sicut & legitimi heredes iis, qui ex testamento vocantur, *l. 39. de acq. her.* Et vulgo dici solet, provisio hominis facit cessare provisionem legis, per *l. ult. C. de pact.*

2 *Ex lege XII. Tabul. agnati sunt tutores*] Lex XII. Tab. & ad hereditatem legitimam vocavit agnatos, atque iisdem etiam tutelam legitimam detulit. Idque summa providentia a lege constitutum esse, Ulp. scribit, ut qui spe-

De legitima agnatorum tutela.

sperarent successionem, iisdem tuerentur bona, ne dilapidarentur, *d. l. 1. hoc tit. (1).* Lege autem Solonis non deferebatur agnatis, nisi remotioribus, Laert. in *Solone*, contraria nempe ratione, quod fere quisque conetur, eum, quem proximus heres insequitur, expungere, ut ait Pers. Sed hunc scrupulum neglexerunt Romani. Haec autem tutelae species ea est, quae a Servio dicitur jure civili data, *l. 1. de tutel.* Etenim legitimos tutores nemo dat, sed lex eos tutores facit, *l. 5. hoc tit.*

TEXTUS.

Qui sunt agnati.

I. *Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi a patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius; neposve ex eo, item patruus; & patruus filius; neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, agnati non sunt, sed alias naturali jure cognati (2). Itaque amitae tuae filius non est tibi agnatus, sed cognatus; & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.*

COMMENTARIUS.

I *Per virilis sexus*] Agnati dicuntur: *Qui per virilis sexus personas cognatione jun-*

(1) *L. 10. tit. 16. P. 6. vers. E. por ende. Reg. 29. tit. ult. P. 7.*

Et sunt, l. 7. hoc tit. §. 1. infr. de leg. agnat. success. modo non sint capite minuti, & sint in familia, *§. ult. infr. eod.* Nihil autem refert, an natura quaesita sit agnatio, an adoptione, *l. 2. §. 3. de suis & leg.*

2 *Naturali jure cognati*] Cognationis nomen per se generale est; siquidem cognati dicuntur omnes, qui vel jure sanguinis, vel jure adoptionis nos contingunt; proinde & agnati. At idem nomen oppositum agnationi ad speciem cognationis contrahitur, quae per feminas copulatur, *l. 4. §. 2. l. ult. §. 1. & 2. de grad. & affin.* Idem hic plane accidit, quod in nomine adoptionis notavimus *§. 1. supra de adopt.*

TEXTUS.

Qui dicatur intestatus.

2. *Quod autem lex XII. Tabularum ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare: sed si quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit; quod tunc quae accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit (3).*

COMMENTARIUS.

I *Quantum ad tutelam*] Nam ad hereditatem quod attinet, nemo intestatus de-

(2) *Senat. 5. tit. 7. lib. 5. Recop.*
(3) *L. 9. tit. 16. P. 6. in pr.*

cessisse intelligitur, qui testamento facto, unde heres postea extitit, decessit.

2 *Vivo testatore*] Exempli causa positum arbitror. Quid enim si post mortem testatoris ante coeptam tutelam decesserit? Sane non minus hoc quam illo casu recte dicitur paterfam. quoad tutelam intestatus decessisse. Sed etsi tutor testamento datus post coeptam tutelam decesserit, vel in civitate esse desierit, nihilominus ad legitimam tutela redit, l. 6. hoc tit. l. 11. §. pen. & ult. de test. tut. Unde vel magis dicendum est, si ad certam conditionem vel ad certum tempus datus sit, existente conditione aut finito tempore ad legitimam tutelam reverti: quasi qui dedit pro parte intestatus, quod ad tutelam pertinet, decesserit. Plane si tutor testamento datus postea excusatus sit, aut remotus, placet non legitimam succedere, sed in locum ejus alium a Magistratu dari, d. l. 11. §. 1. & 2. Diversi hujus juris non alia ratio occurrunt, quam quod illis modis ipso jure tutela finitur, & plane extinguitur: excusatione autem & remotione non item, sed inter-

ventu Magistratus, quasi ipso jure perinde quodammodo habeatur, ac si excusati ac remoti ad huc tutores essent.

TEXTUS.

Quibus modis agnatio vel cognatio finitur.

3. *Sed agnationis quidem jure omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur; nam agnatio juris civilis nomen est: cognationis vero jus non omnibus modis commutatur; quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique* (1).

COMMENTARIUS.

1 **N**ovissimo jure cum in totum sublata sit agnationis & cognationis hac in parte differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hereditatem tum tutelam vocentur, nov. 118. cap. 4. & 5. (2) consequens omnino est, legitimam tutelam minima capitis deminutione non amplius tolli, quia agnati post eam, cognati permanent.

TI-

(2) L. 6. tit. 13. P. 6. l. 9. tit. 16. P. 6.

(1) Regul. 34. tit. ultim. Part. 7.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

D. Lib. 4. Tit. 5. (1).

Continuatio & summa tituli.

1 **I**N π° . hic locus inter re-stitutiones in integrum tractatur lib. 4. tit. 5. Justinianus autem cum in §. ult. super. tit. docuisset, jus agnationis, ac proinde, & tutelam legitimam quovis genere capitis deminutionis perimi; inde occasionem arripuit de ea re plenius separatim disputandi, quod facit hoc tit.

TEXTUS.

Definitio & divisio.

Est autem capitis deminutio prioris status mutatio, eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor. (quam quidam mediam vocant), aut minima (2).

COMMENTARIUS.

1 **C**apitis deminutio] Verbi capitis varia est & multiplex acceptio, ut videre est apud Hotomanum & alios in Lexic. Hic significat personam locum aliquem ordine civium proprio obtinentem, quæ locum cum

amittit, capite minui dicitur. Putatque Hotomanus, ad personam translatum esse, quod de ipso ordine proprie loquendo dici debeat; ut ecce: cum quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur. Vocabulum hoc e censibus Rom. profluxisse, ostendit Hein. in antiq. Rom. hoc tit. Et sane semper fere veteres ita loquuntur: *Censa sunt capita civium* 260000. Exempla passim apud Livium. Quoties itaque civis statum mutabat, nomen ejus e tabulis censualibus erat expungendum, adeoque civitas capite minuebatur, vel eximebatur caput de civitate, l. 2. de publ. judic. Hinc caput pro statu, & capitis deminutio pro status mutatione dici coepit.

2 *Status mutatio*] l. 1. hoc tit. l. 2. de in int. rest. Status quoque vocabulum multa significat: sed in hoc tractatu accipitur duntaxat pro eo jure, quod singuli in civitate habemus, nimirum libertatem, civitatem, familiam; quæ tria scite Chremes apud Terentium in Eunuch, act. 4. scen. 7. vers. 35. seq.

(1) L. 18. tit. 1. P. 6.

(2) Princ. d. l. 18.

seq. his verbis complectitur: *Di- co eam esse liberam, civem At- ticam, meam sororem.*

3 *Tribus modis*] Tot enim ne- cesse est sint genera capitis minu- tionis, quot sunt quæ in perso- na cujusque civis considerantur, quorumque uno amisso, status ejus commutatur, *l. ult. hoc tit.* Qui duo tantum genera faciunt, magnam & minorem, appellatio- ne magnæ maximam & mediam, quæ hic etiam minor dicitur, com- prehendunt; quod facit Ulp. *l. 1. §. 4. de suis & legit. l. 1. §. 8. ad SC. Tertyl.* item Callistratus *l. 5. §. ult. de extraord. cognit.*

TEXTUS.

De maxima capitis deminutione.

1. *Maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul & civita- tem & libertatem amittit: quod accidit his, qui servi pœnæ ef- ficiuntur atrocitate sententiæ: vel libertatis, ut ingratis erga patro- nos condemnatis: vel his, qui se ad pretium participandum ve- nundari passi sunt* (1).

COMMENTARIUS.

1 *Cum omnia amittimus, quæ habemus, liberta- tem, civitatem, familiam; maxi- mam capitis deminutionem pati dicimur, l. ult. hoc tit.* Hoc au- tem is semper accidit, qui ser- vi efficiuntur: nam sublata liber-

(1) *D. l. 18. tit. 1. P. 6. in princ.*

tate tolluntur quoque reliqua duo.

TEXTUS.

De media.

2. *Minor sive media capitis deminutio est, cum civitas qui- dem amittitur, libertas vero re- tinetur: quod accidit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit: vel ei, qui in insulam deporta- tus est* (2).

COMMENTARIUS.

1 *Cui aqua & igni*] Jure a majoribus tradito non licuisse civem, licet noxium, aut supplicio capitis afficere, aut li- bertatem ei, civitatemve adime- re, multi tradiderunt, Cæsar orati- sua apud Sallust. *de bell. Catil.* Cicero in *suis pro Aul. Cæcin. pro domo sua, pro Corn. Balb.* La- ctant. *lib. 2. cap. 10.* Cæterum cum ad disciplinæ publicæ vigo- rem omnino pertineat, delicta & scelera malorum hominum impu- nita non relinqui; inventa ratio est, qua civitate, salvo instituto majorum, expellerentur. Itaque aqua & igni soubus interdicti conceptum est, ut his duobus tan- quam vitæ humanæ præsidii de- stituti, si exitium sibi paratum vitare vellent, in exilium profi- cisci cogerentur, inque aliam ci- vitatem profugere, in quam cum essent recepti, Romanam demum amittebant. Quibus igitur aqua & igni interdiceretur, iis qui- dem

(2) *D. l. 18. vers. La segun- da.*

TEXTUS.

De minima.

dem aperte vita non eripiebatur, ac ne civitas quidem (siquidem nulla exilii facta mentione hæc pœna irrogabatur), sed tacite tamen morte quodammodo mul- tabantur, vique ipsa expelleban- tur civitate; cum solo aere vi- vere aut tegi non possent: nec fas esset eos aut tecto recipere, aut aqua & igni, cæterisque, qui- bus vita continetur, juvare, ut ex ead. orat. Ciceronis *pro domo sua cap. 29. & 81.* liquet.

2 *In insulam deportatus*] Non uno loco in libris nostris traditurum est, deportationem in insulam in locum aquæ & ignis interdictionis successisse, *l. 2. §. 1. de pœn. l. 3. ad leg. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extr. cognit.* Itaque, umbra ve- rusti juris adhuc retenta, aqua & igni interdictos nostri depor- tatos interpretantur, *l. 1. §. 2. de legat. 3. l. 2. de publ. jud. eademque & in aliis locis illo- rum verborum interpretatio facien- da est. Consule Brisson. lib. 3. sel. antiq. cap. 5.*

3 *Cum Callistratus in l. 5. §. ult. de extraord. cognit.* ait, ma- gna capitis deminutione liberta- tem adimi, idque accidere depor- tatis; sub magna & maximam, & mediam comprehendit, ut supra monuimus in *pr. hujus tit.* & de libertate loquitur non quæ sit ju- ris gentium, sed juris Quiritium, sive quiritiaria, cum jure Quiri- tium liber non sit, qui in nume- ro Quiritium non est, ut disputa- rat Cicero in *sine orat. pro Cæci- na*, & observat Cujacius.

Tom. I.

(1) *D. l. 18. tit. 1. P. 6. vers. La tercera.*

3. *Minima capitis deminutio est, cum civitas retinetur & li- bertas, sed status hominis com- mutatur: quod accidit in his, qui cum sui juris fuerint, cape- runt alieno juri subjecti esse, vel contra; veluti si filiusfamilias a patre emancipatus fuerit, est ca- pite deminutus* (1).

COMMENTARIUS.

1 *Sed status hominis*] Mi- nima capitis deminutio est: *Per quam salva civitate & libertate, status duntaxat homi- nis mutatur, Ulp. de tutel. §. 12.* Idem tamen Ulp. *l. 1. §. 8. ad SC. Tertyl.* scribit, hanc capitis deminutionem contingere salvo statu: quæ videri possunt con- tradictoria. Et utique essent, si vocabulum *status* utroque loco eodem modo acciperet: nulla autem contradictio est, si eo vo- cabulo, non in eadem significa- tione utrobique utatur. Ergo recte dicit, hanc capitis minutionem contingere salvo statu, sed sta- tu publico, quem quis ut civis habet: recte item eandem non contingere salvo statu, sed pri- vato, quem quis habet in fami- lia, *l. ult. hoc tit.* In definitio- ne autem *pr. hujus tit.* tradita, appellatione *status* utrumque con- tinetur. Exempla hujus capitis de- minutionis habes in *textu.*

O

Cæ-

2 Cæterum jure novissimo, quo differentia agnationis & cognationis tum in successione, tum in tutelis penitus sublata est, novell. 118. cap. 4. & 5. (1): vix est ut emancipatio inter genera capitum minutionis referri possit.

TEXTUS.

De servo manumisso.

4. Servus autem manumissus capite non minuitur: quia nullum caput habuit.

COMMENTARIUS.

I Servile caput nullum jus habet, & ideo nec minui potest, inquit Paulus l. 3. in fin. eod. Quod igitur hic ait Justinianus, servum nullum caput habere, idem est ac si diceret, servum nullum jus habere aut locum in tribus illis, quæ civium propria esse diximus, libertatem, inquam, civitatem, familiam: ad quæ tria in hoc tractatu capitum, & status vocabula referuntur, quæ alioquin per se latius patent, & de persona servili etiam prædicantur, tit. de stat. hom. & supr. de jur. pers.

TEXTUS.

De mutatione dignitatis.

Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur, & ideo a senatu motos capite non minui constat.

(1) L. 6. tit. 13. P. 6. l. 9. tit. 16. eod.

COMMENTARIUS.

I Dignitas quoque appellatione status generali continetur; ideoque qui senatu, vel alio ordine movetur, recte dicitur circa statum dignitatis plebei, l. 5. §. 2. de extr. cogn. Sed quia ita moti existimatio duntaxat minuitur, cætera autem, quæ civem proprie constituunt, salva manent: idcirco in hoc argumento dicitur, capite non minui, sed civis manere integri capitum, l. 3. ff. de Senator.

TEXTUS.

Interpretatio §. ult. supr. tit. prox.

6. Quod autem dictum est, manere cognationis jus etiam post capitum deminutionem, hoc ita est, si minima capitum deminutio interveniat: manet enim cognatio. Nam si maxima capitum deminutio interveniat, jus quoque cognationis perit, ut puta servilitate alicujus cognati; & ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed & si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

COMMENTARIUS.

I Jus quoque cognationis perit] Huic loco ob stare videri potest quod dicit Pompon. l. 8. de div. reg. jur. jura sanguinis nullo jure civili dirimi posse. Sed sciendum est, jura sanguinis sive

CO-

cognationis bifariam accipi; vel plane naturaliter atque pro eo jure, in quo sola sanguinis conjunctio spectatur; vel pro jure, quod cognatis propter cognationem jure civili vel honorario defertur. Illo modo si jus sanguinis accipias, nullo jure civili dirimi potest; ut ecce, jus civile efficere non potest, ut qui pater est, pater esse desinat; qui frater, desinat esse frater; ut nuptiæ inter patrem & filiam, inter fratrem & sororem consistent. At posteriore modo acceptum certis personis adimi potest; ut puta, potest jus civile efficere, ut ne filius patri, frater fratri certo casu succedat, aut ad bonorum possessionem unde liberi, aut unde cognati vocetur (1). Nam hæc jura licet naturalia recte dicantur propter rem, cui tribuuntur, quæ est naturalis cognatio: tamen, quia inter civis tantum instituta sunt, etiam ad jus civile suo modo referuntur, l. 17. §. 1. de pen. unde fit, ut etiam civili constitutione, hoc est, capitum deminutione perimantur; excepta tamen ea, quæ salva civitate contingit: hincque sensus est huj. §.

TEXTUS.

Ad quos agnatos tutela pertinet.

7. Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximior gradu sunt, vel si plures ejusdem gradus sunt,

ad omnes pertinet, veluti si plures fratres sunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur (2).

COMMENTARIUS.

I Qui proximior gradu] Æquum enim est, ut illi onus tutelæ subeant, qui & ad successionem vocantur: vocantur autem soli agnati proximi, infra de leg. agn. success. (3).

2. Ad omnes pertinet] Si plures sint agnati eodem gradu, pariter omnibus tutela defertur, l. 8. & l. 9. de leg. tut. nempe quia & ad hereditatem omnes simul admittuntur, §. 5. Inst. de leg. agn. succ. Quid ergo si aliqui ex proximioribus, vel etiam omnes mortui sint, vel capite minuti? Et quidem quandiu unus adhuc superest, qui in familia sit, tutela pene eum remanet, per l. 3. §. 5. de leg. tut. Si omnes decesserint, vel capite minuti sint, sequentes in tutelæ administrationem succedunt, d. l. 3. §. pen. Cæterum si proximus vel excusatus sit, vel remotus, sequentes non succedunt, sed in locum abeuntis alius a Magistratu datur, arg. d. l. 3. §. 8. Idem dicendum videtur, etsi proximus idoneus non sit ad tutelam gerendam, arg. §. pen. infra de curat. l. 10. §. 7. de excus. quasi hic proximus gradus adhuc supersit. Jure autem novissimo, nov. 118. cap. 5. cognati exæquati sunt agnatis, ut vidimus supra §. ult. tit. prox.

O 2

TI-

(1) Reg. 34. tit. ult. P. 7.

(2) L. 9. tit. 16. P. 6.

(3) L. 10. eod. vers. E por ende.

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.
DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

D. Lib. 26. Tit. 4. Cod. Lib. 5. Tit. 30. (1).

EX quatuor generibus, in quæ tutelam legitimam distribuimus, primum explicatum est; tutela agnatorum: alterum nunc sequitur, patronorum, qui & ipsi proprie legitimi tutores sunt ex ratione & mente legis XII. Tab. l. 1. l. 3. de leg. tut. junct. l. 6. §. 1. de verb. sign.

TEXTUS.

Ex eadem lege XII. Tabularum libertorum & libertarum tutela ad patronos, liberosque eorum pertinet, quæ & ipsa legitima tutela vocatur: non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur; sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserrat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere: cum & agnatos, quos ad hereditatem lex vocat, eosdem & tutores esse jusserrat; quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet (2). Ideo autem

diximus plerumque: quia si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius sit tutor.

COMMENTARIUS.

Non quia nominatim] Lege XII. Tab. patronis tutela defertur, non propalam aut nominatim & disertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, sed per consequentiam hereditatum, quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt, l. 3. pr. de leg. tut. Ulp. de tutel. §. 2.

2 Per interpretationem] Prudentum scilicet, quibus permisum erat, leges publice interpretari, & consulentibus de jure respondere, §. 8. supr. de jur. nat. gent. & civ. l. 2. §. 5. de orig. jur.

3 Perinde accepta est] Verbum ex legibus, ait Ulp. sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis, l. 6. §. 1. de verb. signific. Et Celsus: Scire leges, inquit, non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem, l. scire 17. de legib. (3).

4 Ubi successionis est emolumentum] Prudentum collectio fuit, patronos ideo ad tutelam liber-

(3) L. 13. tit. 1. P. 1.

(1) D. l. 10. tit. 16. P. 6.

(2) D. l. 10.

torum a lege vocari, quia vocantur ad eorum intestatorum hereditatem; hoc argumento, quod non aliam ob causam tutela agnatis delata fuit, quam quod & ipsos ad hereditatem lex vocasset, l. 1. de leg. tut. Recte & naturæ juris convenienter, quo comparatum est, ut incommoda cujusque rei eum sequantur, quem sequantur comoda, l. 10. de div. reg. jur. (1).

5 A femina manumittatur] Interdum alibi tutela, alibi est hereditas: quod fit, cum illi, qui ad hereditatem vocantur, non

sunt idonei ad tutelam administrandam; ut puta si femina manumiserit, aut consanguinea sit pupillo, d. l. 1. §. 1. quippe tutela virile munus est, l. 16. l. ult. de tut. l. 2. de div. reg. jur. (2). Excipiuntur mater, & avia, quibus liberorum suorum tutelam gerere tandiu permittitur, donec ad secundas nuptias transeant: ea tamen conditione, ut inter gesta senatusconsulti Vellejani auxilio, quo mulierum pro alio intercessionibus prohibita sunt, renuntient, auth. Matri & avia, cum auth. seq. C. quand. mul. offic. tut. (3).

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

TEXTUS.

Exemplo patronorum recepta est & alia tutela, qua & ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut nepotem ex filio, & deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

COMMENTARIUS.

Tertia species tutelæ legitimæ parentum est, qui liberos impuberes contracta fiducia emanciparunt: id quod ex constitutione Justiniani semper fieri intelligitur, §. ult. Inst. de leg. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib.

repete quæ notavimus ad §. 6. supr. quib. mod. jus pat. pot. Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem legis XII. Tab. introducta est, quo præcedens illa patronorum: neque enim, ut lex patronos ad successionem libertorum vocat, ita & vocat parentes ad successionem liberorum emancipatorum; unde Ulpianus hanc tutelam non legitimam, sed fiduciariam appellat, tit. de tutel. §. 4. Cæterum quia ad similitudinem tutelæ patronorum jure civili introducta est, eo quod patrens, qui filium manumittit, patroni personam induit, atque hoc ad legitimam filii, qui liberti patitur exitum, l. 1. s. a par-

(1) Reg. 29. tit. fin. P. 7.

(2) L. 4. tit. 16. P. 6.

(3) D. l. 4. l. 9. eod. in fine.

quæ *m.m.* hereditatem vocatur, l. 10. de suis & legit. l. 2. C. ad SC. Tertyl. §. ult. Inst. de leg. agn. succ. obtinuit, ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur, quam si-

ducitaria: quasi & ipsa ad rationem legis XII. Tab. pertineret; quam etiam ob causam parens manumissor vicem dicitur legitimi tutoris sustinere; l. 3. in fin. de legit. tut.

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

TEXTUS.

Filiifam. a patre manumis-
si pater tutor est legiti-
mus: eo vero defuncto,
frater tutor fiducia-
rius existit.

*Est & alia tutela, quæ fiducia-
ria appellatur: nam si pa-
rens filium, vel filiam, nepo-
tem, vel neptem, vel deinceps
impuberes manumiserit, legiti-
mam nanciscitur eorum tutelam.
Quo defuncto, si liberi ejus viri-
lis sexus existant, fiduciarium tu-
tores filiorum suorum vel fratris,
vel sororis, vel cæterorum ef-
ficiuntur. Atque patrono legitimo
tutore mortuo, liberi quoque ejus
legitimi sunt tutores; quoniam
filius quidem defuncti, si non es-
set a vivo patre emancipatus,
post obitum ejus sui juris effice-
retur, nec in fratrum potestatem
recideret, ideoque nec in tutelam;
libertus autem, si servus man-
sisset, utique eodem jure apud
liberos domini post mortem ejus
futurus esset. Ita tamen hi ad
tutelam vocantur, si perfectæ sint*

*ætatis: quod nostra constitutio
in omnibus tutelis & curationibus
observari generaliter præcepit.*

COMMENTARIUS.

I Generali tutelæ legitimæ
appellatione etiam fi-
duciam complexi sumus *supr.*
de leg. agn. tut. quia & ipsa vicem
quoadantenus legitimæ sustinet: ut
enim tutores legitimi, ita & fi-
duciarium ipso jure tutores sunt, &
excludant Atilianos; unde & per-
mixte iisdem locis, quibus de le-
gitimis tutoribus disputatur, etiam
de fiduciariis queritur, ut *hic*, &
in *Pand. lib. 26. tit. 4.* Cæte-
rum quia hæc tutela nulla inter-
pretatione referri potest ad le-
gem XII. Tabularum; ideo non
legitima, sed peculiari nomine fi-
duciam appellata est: haud du-
bie per abusionem vocabuli, quod
cum in patre, cui alioqui soli id
proprie convenit, non valuisse,
ad liberos ejus quasi hereditarium
translatum est inopia alterius no-
minis, ut recte conjicit D. Hotom.
2. *Filiorum suorum, vel fra-
tris, vel sororis, vel cæterorum*
Observandum hic est, tres fidu-
cia-

De fiducia- ria tutela.

ciariæ tutelæ quasi gradus a Ju-
stiniano poni, quorum primus est
filiorum; alter fratris vel sororis;
tertius cæterorum. Non igitur
frater tantum fratris emancipati,
aut patruus fratris filii, defuncto
patre suo emancipatore & tuto-
re legitimo, fiduciarium tutores sunt;
sed etiam ipse pater filii ab avo
emancipati, eo mortuo, non legiti-
mus ut avus, sed fiduciarium tu-
tor erit: contra quam Hotom. &
Myns. existimant. Cur autem he-
hic quidem legitimus sit, mox
intelligetur.

3 Ut autem hoc in clariori
luce collocetur, & ab oppositis,
quæ statim apparent, vindicetur,
placet casum fingere, quo Ca-
jus sit avus, Sempronius filius, &
Titius nepos simulque impubes.
Si Cajus emancipaverit Titium
nepotem suum, illius habebit tu-
telam legitimam, quæ parentum
dicitur, ipsique emancipatori com-
petit, non alii. Sed si mortuo
Cajo, supervixerit Sempronius,
non erit hic tutor legitimus Ti-
tius, ut fuerat Cajus, sed fiducia-
rius tantum, quia ipse Titium non
emancipavit.

4 At si mutetur casus, ut Ti-
tius non sit nepos Caji, sed li-
bertus ab eo manumissus, erit
tunc Titius in Caji tutela legiti-
ma, quæ patronorum appellatur;
eandemque tutelæ speciem obti-
nebit Sempronius, moriente Ca-
jo. Diversitatis autem ratio, cur
in 2. exemplo Sempronius sit
etiam tutor legitimus Titii, ut
erat Cajus; non vero in 1. duplex
asserri potest. Prima videlicet,
quia ad legitimam successionem

liberti lex XII. Tab. vocat etiam
patroni filium, qualis est Sem-
pronius in secundo exemplo; qua
ratione ad tutelam quoque voca-
tus intelligitur. Oppositum even-
nit in priori exemplo, cum lex
ad successionem emancipati, fi-
lium emancipatoris non vocet.

5 Altera discriminis ratio ex
eo sumitur, quod si in secundo
exemplo Titius manumissus a Ca-
jo non fuisset, in potestatem
Sempronii jure hereditario recidis-
set. Quod iterum dissimiliter con-
tingisset in 1. in quo, emancipa-
tione omissa, deberet utique Ti-
tius recidere in potestatem Sem-
pronii, non tamen hereditario ju-
re, sed proprio ipsius Sempronii;
quippe qui exheredatur eandem
potestatem haberet. Nihil ergo
mirum Sempronium in exemplo
secundo utpote haerentem jus pa-
tronatus a Cajo, ei succedere in
eodem tutelæ genere, non ita in
primo ob contrariam rationem. At-
que hæc ratio ita late exposita
eam complet, quam Justinianus
indicat per illa verba *Quoniam fi-
lius &c.*

6 Recte autem *hic* Interpretes
notant, hanc fiduciam tutelam
omnino cessasse jure novissimo,
postquam juris agnati & cognati
discreta hæc in parte peni-
tus sustulit Justinianus *nov. 118.*
cap. 4. & 5. quia licet emancipatio
agnationem tollat, cognationem
non lædit, §. *ult. Inst. de leg.*
agn. tut. neque emancipati frater
erit ut cognatus, legitimus illius
tutor.

7 *Perfectæ ætatis* Perfectam
ætatem eam vocat, qua comple-

tur virilis vigor, nempe annorum quinque & viginti, leg. 1. §. 2. de minor. (1).

8, IN HISPANIA cum lex 9. tit. 16. P. 6. cognatos ad tutelam vocet sub nomine generat. li parientes, nullo habito agnationis respectu; dicendum videtur, & patri emancipatori & fi-

lis ejus in potestate retentis legitimam emancipati tutelam committere, quia cognati sunt. Nunquam ergo erit opus, ut ad tutelam parentum & fiduciarum, confugiamus: quas tamen probat lex 10. eod. Consonat quod de jure novissimo Romanorum modo diximus vers. Recte.

TITULUS VIGESIMUS.

DE ATILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX

LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

D. Lib. 26. Tit. 5. Cod. Lib. 5. Tit. 34. & 36. (2).

Progreditur nunc Imp. ad tertiam tutelæ speciem, nempe dativam, sive Atilianam, cujus postrema ratio est; docetque, quibus ex legibus, a quo Magistratu, & quando tutores dentur. Postremo non nihil attexit, quod ad tutores omnes & officium eorum in universum pertinet.

TEXTUS.

Jus antiquum, si nullus sit tutor.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem a Pratore urbano, & majore parte Tribunalium plebis tutor ex lege Atilia: in provinciis

(1) D. l. 10. tit. 16. P. 6. in fin.

(2) Tit. 16. P. 6.

vero a Præsidibus provinciarum ex lege Julia & Titia.

COMMENTARIUS.

Nullus omnino] Neque testamentarius, neque legitimus, aut qui sub illis continentur, a Magistratu confirmandus, & fiduciarius (3). Atque hæc species ex duabus summis, quæ locum Atiliano tutori faciunt, prima est. Altera est in §. 1. hujus tituli. Dux autem causæ in hoc principio indicantur, quas ad constitutionem hujus tutelæ concurrere oportet; una est remotior, nimirum leges Atilia, Julia & Titia, quæ quando, aut a quibus latæ parum constat; altera propinqua est, videlicet factum Magi-

(3) L. 12. tit. 16. P. 6. in princ.

De Atiliano tutore, & eo, qui &c.

gistratus, cui ex istis legibus jussandi tutores competit, ut in urbe Prætori cum majore parte Tribunalium plebis, in provinciis Præsidibus earum. Unde discimus, eos solos jus dandi tutores habere, quibus id nominatim lege aliqua concessum est, l. 6. §. 2. de tut.

TEXTUS.

Si spes sit futuri tutoris testamentarii.

I. Sed & si in testamento tutor sub conditione, aut ex certo die datus fuerat; quamdiu conditio, aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor alius interim dari poterat. Item si pure datus fuerat; quamdiu ex testamento nemo heres existerat, tandiu ex eisdem legibus tutor petendus erat: qui desinebat esse tutor, si conditio existerat, aut dies venerat, aut heres existerat.

COMMENTARIUS.

Hic alter casus proponitur, quo tutor a Magistratu datur; nempe si is, qui testamento datus est, impediatur quominus in præsentia tutelam capessat. Sic enim in universum jus est, ut quamdiu speratur tutela testamentaria, legitima cesset, l. 11. de test. tut. Impedimenta hæc quatuor ex causis potissimum oriuntur; vel quod tutor testamento datus sit sub conditione, vel quod ex certo die, vel quod heres institutus aditionem hereditatis protrahat, vel denique

quod qui testamento datus est, ab hostibus captus sit, de quo §. seq.

2 Sub conditione, aut ex certo die] Ex d. l. 11. de test. tut. De conditione res certa est, quippe quæ actus omnes suspendit, §. 4. infra de verb. oblig. Dies quoque incertus pro conditione est, l. 1. §. 2. l. 75. de cond. & demonstr. De certo die justa esse poterat dubitandi ratio. Nam sicut obligationi dies certus adjectus non impedit, quominus quod promissum est, præsentis die debeat, §. 2. infra de verb. oblig. ita & tutor ex die datus videri poterat statim tutor esse, ut jam alius tutor dari non posset, propter regulam traditam §. pen. infra de curat. Sed claudicat comparatio, quippe ratio non patitur ut dicamus, eum tutorem esse, in quem nihil juris ante diem testator colatum voluit.

3 Nemo heres existerat] Hoc idem traditur in l. 10. pr. de test. tut. & ratio est, quia quamdiu pendet aditio hereditatis, tandiu quoque in suspensio sunt omnia, quæ in testamento scripta sunt; atque ut adita demum hereditate confirmantur, ita ea non adita una cum testamento corrumpunt, l. 9. d. tit. Potest autem fieri ut inter mortem testatoris, & aditionem hereditatis sat temporis intercedat; dum pater filio impubere, cui tutorem dedit, exheredato, extraneum heredem institueret, isque de adeunda hereditate deliberaret; quo casu alius interim a Magistratu tutor petendus foret. Si autem filius ipse heres in-

stitutus sit, statim ipso momento post mortem testatoris heres est potestate juris, ut postea videbimus *tit. de hered. qual. & diff.*

4. IN HISPANIA cum, ut testamentum effectum sortiatur, non sit necessaria hereditatis aditio, imo nec heredis institutio, *l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop.* nunquam fiet locus tutori dativo ob suspensam hereditatis aditionem, ut fit ex jure Romano, *hoc text. vers. Item.*

TEXTUS.

Si tutor ab hostibus sit captus.

2. Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur; qui desinebat esse tutor, si is, qui captus erat, in civitatem reversus fuerat. Nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii.

Quando & cur desierint ex dictis legibus tutores dari.

3. Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primo Consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare ceperunt, deinde Prætores ex constitutionibus. Nam supra dictis legibus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem pupillis salvam fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelam administrationem quicquam cavebatur.

Jus novum.

4. Sed hoc jure utimur, ut Romæ quidem Præfectus urbi, vel Prætor secundum suam jurisdictionem; in provinciis autem Præsides ex inquisitione tutores crearent, vel Magistratus jussu Præsidium, si non sint magnæ pupilli facultates.

Jus novissimum.

5. Nos autem per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum ressecantes, nec expectata jussione Præsidium, disposuimus, si facultates pupilli, vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo Antistite, vel alias personas publicas, id est, Magistratus, vel Juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores, vel curatores creare: legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda: videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.

I PLANI sunt quatuor hi textus.

2. IN HISPANIA jus dandi tutores competit Judicibus, qui ordinarii sunt in loco domicilii, nativitatis, vel originis impuberis, vel denique ubi major pars patrimonii ejusdem reperitur; qui delegare poterunt hanc potestatem Judici inferiori, eo duntaxat casu, quo facultates pupilli quingentos maravedisios non excedant, *l. 12. tit. 16. P. 6.* Si tamen pupillus eorum sit, qui

Gran-

De Atiliano tutore, & eo, qui &c.

Grandes (Magnates) apud nos nores 25. annis, quod hic dicitur, dicuntur, Rex ipse adeundus est, tur, quadrare potest. *l. 14. tit. 5. lib. 2. Recop.*

TEXTUS.

Ratio tutelæ.

6. Impuberes autem in tutela esse naturalî juri conveniens est; ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur (1).

COMMENTARIUS.

I Tutela ex eorum numero est, quæ in genere & quasi in abstracto considerata, sunt juris gentium: in specie & concreto, juris civilis. Nam ut ineventis ætatis inscitia, atque imbecillitas alterius provectioris prudentia atque arbitrio constituatur ac gubernetur, juri naturali conveniens est, Cicer. 1. *de offic. cap. 34.* Aristot. 1. *Pol.* quod & apud omnes gentes proculdubio observatur. At forma regendi, qualitas personæ tutoris, ejusque constituendi modus, potestatis, quam habet, circumscriptio, hæc omnia sunt juris civilis, prout quæque civitas ordinaverit.

2. Perfectæ ætatis non sit] In calce §. ult. præc. tit. notavimus, perfectam ætatem in jure civili eam plerumque dici, quæ est annorum 25. His autem pinguius, non esse perfectæ ætatis accipitur pro non esse puberem (2), quanquam etiam ad puberes mi-

(1) Princ. tit. 16. P. 6.

(2) Pr. junct. l. 1. d. tit. 16. P. 6.

TEXTUS.

De tutelæ ratione reddenda.

7. Cum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant; post pubertatem tutelam judio rationem reddunt (3).

COMMENTARIUS.

I Hic locus obiter tutores admonet officii sui atque administrationis; quod in *Pandect. & Cod.* copiose explicatur *tit. de administr. tut.*

2. Post pubertatem] Quippe tutelæ agi non potest, nisi tutela finita sit, *l. 4. de tut. & rat. distr.* ejusque rei hanc rationem reddit Ulplan. *l. 9. §. 4. eod. tit.* quod absurdum sit a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseverat: quam ob causam nec a curatore rationes curæ administratæ, durante officio, actione utili sive tutelæ, sive negotiorum gestorum exigi possunt, *l. 2. l. rationis 14. C. de adm. tut.* Hoc simile est, quod curatores, durante adhuc curatione, singularum rerum nomine conveniri possunt, *l. 16. §. 1. de tut. & rat. distr. l. 26. de administr. tut.* ex eo quod curatores principaliter rebus dentur.

3. Tutelæ judio] In omnibus,

(3) L. fin. tit. 16. P. 6. vers. Pero.

bus, quæ fecit tutor, cum face-
re non deberet, item in his, quæ
non fecit, tutelæ iudicio ratio-
nem reddit, præstando dolum,
& culpam, & quantam in suis
rebus diligentiam, l. 1. de tut. &
rat. distr. nec potest hæc ratio-

nis reddendæ necessitas a patre
testamento remitti, l. 5. §. 7. de
adm. tut. ne præbeatur ansa de-
linquendi, quanquam inventarii
solemnis confectio prohiberi pot-
est, ne secreta patrimonii pan-
dantur, l. ult. §. 1. C. arb. tut.

TITULUS VIGESIMUS PRIMUS.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

D. Lib. 26. Tit. 8. Cod. Lib. 5. Tit. 59. (1).

Tria potissimum sunt,
in quibus gubernatio
tutoris consistit: in persona pu-
pilli tuenda; in rebus ejus ge-
rendis; in auctoritate ei præstan-
da. Tutio educationem, institutio-
nem, defensionemque pupilli
continet. In rerum administratio-
ne, tutoris officium est, ut omnia
ex utilitate pupilli bona fide cu-
ret (2). Auctoritas ad ea pertinet,
quæ pupillus ipse gerit, neque
aliud est quam: *Probatio ejus,
quod a pupillo, vel cum pupillo
geritur, l. 3. hoc tit.* Duo priora
hic ommissa sunt, & fortasse con-
sulto, quia eorum tractatio proli-
xior visa est, quam ut operi Isa-
gogico inseri debuerit. In *Pand.*
autem, & *Cod.* diligenter exposi-
ta sunt, *tit. de adm. tut.* Tantum
§. ult. *super. tit.* levis quædam
mentio facta est administrationis,
& reddendarum rationum: unde
tamen ordinis ratio petenda vide-
tur, & continuatæ tractationis, arg.

ordinis *Pand.* Duo autem hic do-
cet Justinianus; quibus in nego-
tiis necessaria sit tutoris auctori-
tas, & quomodo interponenda.

TEXTUS.

In quibus causis sit ne- cessaria.

*Auctoritas autem tutoris in
quibusdam causis necessaria pu-
pillis est, in quibusdam non est
necessaria; ut ecce, si quid dari
sibi stipulentur, non est necessa-
ria tutoris auctoritas: quod si
aliis promittant pupilli, necessa-
ria est tutoris auctoritas. Namque
placuit, meliorem quidem condi-
tionem licere iis facere etiam sine
tutoris auctoritate, deteriorem ve-
ro non aliter, quam cum tutoris
auctoritate; unde in his causis,
ex quibus obligationes mutua na-
scuntur, ut in emptionibus ven-
ditionibus, locationibus condu-*

(1) Tit. 16. P. 6.

(2) L. 15. & seq. eod.

*tionibus, mandatis, depositis, si
tutoris auctoritas non interveniat,
ipsi quidem, qui cum his contra-
hant obligantur: at invocem pu-
pilli non obligantur (1).*

gerere potest, vid. *infr.* §. *pupil-
lus 9. de inut. stip.* Exempla ha-
bes in *textu.*

2 Qui cum his contrahunt obli-
gantur.] (3). Qui contractus cum
aliis iniiti ultro citroque obligatio-
nem pariunt; hi, si cum pupillo
contractum sit sine tutoris aucto-
ritate, ab uno tantum latere con-
stant, eosque solum obligant, qui
cum pupillo contraxerunt, pupil-
los non item, l. 13. §. *antep. de
act. empt.* Ratio hujus juris par-
tim est favor pupillorum, par-
tim quod qui cum pupillo con-
trahit, cujus ætatem aspectus ip-
se indicat, suæ temeritati id im-
putare debeat, per l. 19. *de div.
reg. jur.*

3 Non obligantur] Nisi in
quantum locupletiores facti sunt,
l. 1. l. 5. §. 1. *hoc tit.* Natura
enim æquum est, neminem locu-
pletari cum alterius jactura,
l. 14. *de cond. ind.* An pupillus
sine tutoris auctoritate ex con-
ventione saltem naturaliter ali-
quando obligetur, & quam vim
ea obligatio habeat jure civili,
disputamus *de inut. stip.* sub §. 9.

TEXTUS.

Exceptio.

1. Neque tamen hereditatem
adire, neque bonorum possessio-
nem petere, neque hereditatem
ex fideicommissis suscipere aliter
possunt, nisi tutoris auctoritate
(quamvis illis lucrosa sit), ne
illum damnatum habeant.

(1) L. 17. eod. vers. Orosi.

(2) D. l. 17. vers. Orosi.

(3) D. l. 17. vers. Pero si
otro.

COMMENTARIUS.

I *Hereditatem adire*] Pupillus hereditatem sibi delatam sine tutoris auctoritate adire non potest, *l. 9. §. 3. hoc tit.* ejus rei non alia ratio quaerenda, quam quod facta suo sine tutoris auctoritate se obligare non potest, *l. 8. de acq. hered. l. 9. pr. hoc tit.* At, inquis, potest conditionem suam meliorem facere, etiamsi tutor auctor non sit. Fateor, modo ne ipse obligetur. Fieri autem non potest, ut pupillus hereditate quaesita non obligetur in heres creditoribus hereditariis, & testamentariis; illis ut personam defuncti representans; his ipsa aditione hereditatis. Neque enim hic est, quod creditoribus, aut legatariis imputetur, qui cum pupillo herede non contrahunt, sed in eum incidunt, quod & Myns. observavit. Alia vulgo ratio affertur, periculum scilicet aëris alieni, quo emergente incipiat damnosa esse hereditas; multaque insuper in hereditibus esse metuenda, vexationem, negotiorum multitudinem, offensas, invidiam, *l. 4. ad SC. Treb.* Itaque quia iudicio animi hic opus sit, necessariam esse tutoris auctoritatem, *l. 189. de div. reg. jur.* Hæ rationes locum quoque habent in honorum possessione, & hereditatis ex fideicommissio susceptione, *infr. lib. 3. tit. 10. & lib. 2. tit. 23.* Quæ ut vera esse fateamur, illud tamen adhuc relinquatur, cur non saltem favore pupillorum sustineatur he-

reditatis acquisitio, quatenus illis lucrosa sit.

TEXTUS.

Quomodo interponi debet.

2. *Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, vel per epistolam, aut per nuntium interposita auctoritas nihil agit.*

COMMENTARIUS.

I *Exponitur hic* modus seu forma interponendæ auctoritatis ex *Cajo d. l. 9. §. tutor 5. hoc tit.* Hic modus, ut legitimus habeatur, duo desiderat: ut tutor in negotio, quod cum pupillo geritur, præsens sit; ut statim atque peractum est, auctor fiat. Præsentia ideo desideratur, ut certo cognoscat tutor, quid negotii, qua fide geratur: ac proinde non sufficit corpore præsentem esse, nisi & animo sit, & intelligat quale sit quod contrahitur, *l. 14. eod. junct. l. 1. in fin. & l. 2. eod.* Cur autem statim, & quasi calente adhuc negotio, auctor fieri debeat, hæc ratio est. Quia interpositio auctoritatis integrat quodammodo personam pupilli, qui per se contrahere non potest: efficitque, ut actus sustineatur, qui alioqui ipso jure invalidus, ex intervallo non posset confirmari. Non est autem necesse, ut & ipse præsens sit, qui cum pupillo contrahit: potest enim ille aliquid vendere, aut

aut locare pupillo per epistolam, & tutor auctoritatem pupillo accommodare, *d. l. 9. §. ult.* Illud quoque sciendum est, auctoritatem semper pure a tutore interponendam esse, non conditionaliter, quamvis conditionaliter cum pupillo contrahatur, *l. 8. eod.*

2. *In ipso negotio præsens debet auctor fieri*] Tutoris auctoritas perfecto negotio interponitur, ut diserte scribit Ulp. *l. 25. §. 4. de acq. her.* Quamobrem hæc oratio vel sic resolvenda est: *Tutor in ipso negotio præsens, statim debet auctor fieri*, ut intelligamus & præsentiam tutoris in ipso negotio, cum adhuc geritur, requiri; & statim ut negotium perfectum est, auctorem fieri oportere; quod & arguit mox sequens illatio, *post tempus vero &c.*

3. *IN HISPANIA*, tutor per se, ipsum & non per alium, neque per epistolam, auctor fieri debet, *l. 17. tit. 16. P. 6.* An autem statim, vel etiam post tempus, decisum non invenimus.

TEXTUS.

Quo casu interponi non potest.

3. *Si inter tutorem pupillumque iudicium agendum sit: quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætorius tutor (ut olim) constituitur, sed curatore in locum ejus datur: quo curatore interveniente iudicium*

(1) *L. 19. tit. 16. P. 3.*

(2) *L. 14. titul. 16. P. 6.*

peragitur; & eo peracto curator esse desinit.

COMMENTARIUS.

I *Judicium agendum sit*] Nec plures sint tutores, alioqui nisi cum omnibus pupillo lis sit, unus ex iis auctor erit, *l. 24. de test. tut.* Intellige autem si iudicium agendum sit de aliis rebus, quam de administratione tutelæ: nam tutelæ agi nisi finita tutela non potest, *l. 4. de tut. & rat. distr.*

2. *In rem suam auctor esse non potest*] Regula est, tutorem in rem suam auctoritatem accommodare non posse, *l. 1. & 7. hoc tit.* quemadmodum nec Judex quisquam, aut testis in sua causa esse potest, *l. 10. de jurisd. l. 10. de testib. (1).* Et in casu proposito hoc alioqui absurdum eveniret, ut idem in eodem negotio, & actor esset & reus. At enim nihil prohibet auctoritas, quominus negotium per consequentias etiam tutori geratur, *d. l. 7.* quod exemplo declaratur *d. l. 1.*

3. *Jure novo hæc disputatio* pene supervacua est: quo vetuit Justinianus debitorem, creditoremve pupilli tutorem creari; eique, qui pupillo, aut cui pupillus post coeptam tutelam debere coepit, perpetuum curatorem adjungere voluit, *nov. 72. cap. 1. & 2.* Dixi autem pene, quia video plerisque hinc eximere tutores ex certa scientia testamento dato (2), DD. in aut. Minoris C. qui dicitur tut.

vers. Otróni los que, cum seq. & ibi Lopez.

tut. atque ita iudicatum refert Anton. Fab. C. tit. 20. lib. 5. def. 1. Illud constat, matrem & aviam non impediri debito aut credito, quominus filiorum suorum aut ne-

potum tutelam gerant, auth. Ad hac Cod. quand. mul. off. tut. & multo igitur magis excipiendus pater & avus, ut curia Frisiæ censuit, teste Sand. lib. 2. tit. 9. defn. 2.

TITULUS VIGESIMUS SECUNDUS.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

Cod. Lib. 5. Tit. 60. (1).

I D istum est, quibus modis tutela constituitur; quæ constitutæ vis atque auctoritas: reliquum est, ut videamus, quandiu perseveret, quibusque modis ea finiatur. Modi finiendæ tutelæ varii sunt, tum ex persona pupilli, tum ex persona tutoris, tum ex persona utriusque. Item quidam communes sunt omnibus tutelæ speciebus, quidam proprii quarundam, sicut ex progressu apparebit. In summa autem duorum horum modorum altero semper finitur: aut ipso iure, aut interventu Magistratus.

TEXTUS.

De pubertate.

Pupilli pupillæque, cum puberes esse cæperint, a tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas, dignum

(1) L. 21. tit. 16. P. 6.

esse castitate nostrorum temporum existimans, bene putavit, quod in feminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo nostra sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illico initium accipere disposuimus: antiquitatis normam in feminis bene positam in suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viri potentes esse credantur (2).

COMMENTARIUS.

I Cum puberes esse] Primus modus finiendæ in persona pupilli tutelæ est pubertas, l. 1. C. quand. tut. vel cur. Hinc puberes etsi curatorem accipiunt, in suam tutelam venisse antiqua locutione dicuntur, *infr. de pup. substit. in pr. l. 8. §. 1. de bon. poss. sec. tab.*

(2) D. l. 21. tit. 16. P. 6. in princ.

Quibus modis tutela finitur.

2 Sed etiam ex habitu corporis] Fuere olim, qui pubertatem in masculis ex solo habitu corporis æstimabant. Proculiani eum puberem esse dicebant, qui quatuordecim annos explevisset: alii eum, in quem & habitus corporis, & numerus annorum concurreret, teste Ulp. tit. 11. de tutel. *in fin.* Eam se controversiam sustulisse, abrogataque inspectione corporis, pubertatem ex annis tantum æstimari voluisse, scribit Justinianus *hæc & in l. ult. Cod. quand. tut. vel cur.* Sed profecto longe ante Justinianum receptam fuisse Proculi sententiam, multis auctoritatibus probari potest. Nam Tertullianus, qui aliquot sæculis ante Justinianum vixit, in *lib. de veland. virg.* aperte testatur: *Romanos pubertatem in annis, non in sponsalibus aut nuptiis decernere*: hoc est, ex annorum numero, non ex habitu corporis puberem judicare. Et Macrobius *lib. 7. Saturn. cap. 7.* sic scribit: *Secundum jura publica duodecimus annus in femina, & quartusdecimus in puero definitur pubertatis ætatem.* Idem in *somm. Scipion. lib. 1. cap. 6.* ait: *Tutelam pueris post bis septem annos absolvi.* Idque & Ulp. noster expressis verbis confirmat, l. 2. *de vulg. & pup.* indeque est, quod idem Ulp. scribit, masculis post annum decimumquartum, feminis post duodecimum permitti testamentum facere, l. 5. *qui test. fac.*

3 Post duodecim annos] Pubertatis anni maxime propter nuptias definiti sunt: ideoque cum

Tom. I.
(1) D. l. 21. tit. 16. P. 6.

vis generationis in feminis citius incipiat quam in maribus, placuit eas etiam citius tutela liberari. Et hoc est, quod Macrobi. *lib. 1. in somm. Scipion. cap. 6.* scribit: *De tutela, inquit, feminae propter votorum festinationem, maturius biennio quam pueri, legibus liberantur.* Quod autem generationi citius admoventur, id idem Macrobius *7. Saturn. 7.* infirmiori earum naturæ adscribit; nam & exilia poma celerius maturescere, robusta serius.

4 Alia ab hac pupillari feminarum tutela fuit muliebris, de qua Ulp. in *fragm. tit. 11.* Nam & post pubertatem mulieribus tutor dabatur, non ad negotia earum administranda, sed ad auctoritatem præstandam in solemnibus & civilibus, veluti ad iudicia, si se obligabant, & ad alienanda mancipia, Ulpian. *d. loc.*

TEXTUS.

De capitis deminutione pupilli.

1. Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati: item si in servitutem pupillus redigatur, vel si ab hostibus captus fuerit (1).

COMMENTARIUS.

1 Secundò finitur tutela quavis capitis deminutione pupilli, etiam minima, adrogatione scilicet. Rationem tradimus *infra §. 4.*

2 Si ab hostibus captus] Cæterum eventus demum ostendet, an tutela hic omnimodo finita sit; nam postliminio reversus proculdubio recidit in tutelam.

TEXTUS.

De conditionis eventu.

2. Sed etsi usque ad certam conditionem datus sit tutor testamento; æque venit, ut desinat esse tutor existente conditione (1).

De morte.

3. Simili modo finitur tutela morte pupillorum, vel tutorum (2).

Hi duo textus nulla indigent explicatione.

TEXTUS.

De capitis deminutione.

4. Sed & capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se adrogandum dederit, legitima tantum perit; cætera non pereunt: sed pupilli, & pupillæ capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelam tollit (3).

COMMENTARIUS.

Legitima tantum tutela perit] Nimirum quia &

(1) D. l. 21. tit. 16. P. 6.

(2) D. l. 21.

(3) D. l. 21.

perit agnatio, ob quam ea deferretur, §. ult. supr. de leg. agnat. tutela. Legitima autem patronorum tutela huc nunquam pertinuit, Ulp. in *fragm. tit. 11. de tut.* §. 9. Sed nec legitima agnatorum tutela jure novissimo finitur minima capitis deminutione, postquam *novell. 118. cap. 5.* (4) differentia, quæ olim erat inter agnatos & cognatos, quoad successionem & tutelam, penitus sublata est, ut notavimus §. ult. de leg. agn. tut.

2 Licet minima sit] Is qui in potestate patris est, si perfecta ætatis sit, non prohibetur tutor esse, *supr. qui test. tut. dar. in pr. l. 9. de his qui sui vel al. jur.* In tutela autem nemo esse potest, nisi qui sit sui juris. Atque hæc ratio est, cur pupillo adrogato tutela pereat; tutore, non item.

TEXTUS.

De tempore.

5. Præterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam (5).

COMMENTARIUS.

Hoc modo quamvis tempore, ipso tamen jure tutela finitur. Etenim tutela non in illo jure proprie quaesito consistit: alioquin tempore, ipso jure non finiretur, *l. 44. de oblig. & act.* sed in facto personæ & administratione magis posita est.

Quæ
(4) L. 6. tit. 13. P. 6. l. 9. tit. 16. d. P. 6.

(5) D. l. 21. tit. 16. P. 6.

Quibus modis tutela finitur.

COMMENTARIUS.

Proponuntur hic duo modi quibus tutela finitur, non ipso jure, ut superioribus, sed interventu Magistratus: excusatio scilicet, & justa suspicio. Excusatio volentem liberat; suspicio invitum removet. Est vero major excusationum usus tutela delata, quam suscepta. Sed & quasi suspectus quis postulari & removeri potest, antequam incipiat tutelam gerere, de quibus suo iterum loco. De excusationibus est *tit. pen. de suspectis tutoribus tit. ult. hujus libri.*

TEXTUS.

De remotione & excusatione.

6. Desinunt etiam tutores esse, qui vel removeantur a tutela ob id, quod suspecti visi sunt: vel qui ex justa causa se excusant, & onus administrandæ tutelæ deponunt, secundum ea, quæ inferius proponemus (1).

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

DE CURATORIBUS.

D. Lib. 27. Tit. 10. Cod. Lib. 5. Tit. 70. (2).

TRansit nunc Imperator ad alterum membrum divisionis positæ in *pr. supra de tutel.* quod eos complectitur, qui cum sui juris sint, curatorum tamen auxilio reguntur: exponiturque promiscue, quibus, & a quibus, quando & quomodo curator datur. Sciendum autem est, duo esse genera curatorum: unum eorum, qui nulla personæ habitatione, si res exigat, bonis constituantur; puta vel debitoris latitantis, vel heredis, qui in utero est, aut domini, qui ab hosti-

bus captus sit, *tit. de cur. bon. dand.* quod genus huc non pertinet; alterum eorum, qui certis personis, quæ alieno auxilio indigent, dantur ad res earum administrandas; qui hujus sunt argumenti. Sunt autem & ipsi duorum generum: dantur enim vel propter ætatem ejus, qui in curatione sit; vel propter animi aut corporis morbum. In priore genere sunt minores 25. annis: in posteriore furiosi, prodigi, mente capti, muti, & surdi, & qui perpetuo morbo laborant. Quamob-

(1) D. l. 21.

(2) L. 13. tit. 16. P. 6.

rem sic recte definitur curatio: *Potestas jure constituta ad curandas res ejus, qui quoquo modo rebus suis superesse ipse non potest* (1). Ex hac definitione facile intelligere poteris; & quæ communia sunt curæ cum tutela, & quæ discrepantia: maxime si cum ea conferas definitionem tutelæ, eaque, quæ ad illam illustrandam scripsimus sub §. 1. *sup. de tutel.* Cæterum & in processu pleraque iterum notanda erunt.

TEXTUS.

De adultis.

Masculi quidem puberes, & femina viri potentes usque ad vicesimumquintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possint (2).

COMMENTARIUS.

1 *Usque ad vicesimumquintum annum*] Tutela in maribus tardius finitur, quam in feminis; quia feminæ, ut superius dictum est, citius pubescunt. At cura in utrisque eodem tempore finitur; nimirum post annum vicesimumquintum. Et vero nulla ratio est, cur feminæ maturius, quam masculi curaliberari debeant: eum potius diuturniore cura continendæ videantur propter sexus fragilitatem, ob quam & in perpetua cura olim fuere. Et jure

quidem ordinario ante hanc ætatem curatio non finitur. Cæterum adolescentes honestate morum præditi post annum vicesimum; feminæ, quas morum honestas, mentisque sollertia commendat, post annum octavumdecimum, ætatis veniam a Principe impetrare possunt, ut ex eo tempore res suas sine curatoribus administrant; ac tum quidem in integrum non restituantur, l. 1. & 2. *C. de his qui ven. etat.* Sed tamen in eo adhuc simili conditione cum cæteris minoribus sunt, quod immobilia sine decreto alienare, aut obligare non possunt, l. 3. *C. d. tit.* Cur autem hoc feminis biennio maturius conceditur ea videtur esse ratio, quod quamvis iudicium muliebri infirmus sit virilli; tamen quæ natura sollertiores sunt, si ad virtutem pergant, celerius maribus prudentes fiunt: propterea quod vehementiores multo in feminis affectiones sunt, quam in viris.

2 *Completum*] Curatio non finitur nisi anno vicesimoquinto exacto & completo. Hoc enim utile minori visum est, ut tempus a momento in momentum spectetur: nam si postremo vicesimiquinti anni die crepto, aut nondum completo læsus sit, poterit adhuc in integrum restitui, l. 3. §. 3. *ff. de minor.* (3).

3 Cur autem placet ætatem 25. annorum finem afferre curationi, docet nos Ulpian. l. 1. §. 2. *d. tit.* Quia, inquit, *post hoc tempus completur virilis vigor; con-*

venienter sententiæ Physicorum, qui tradunt, anno vicesimoquinto, quo corpus crescere desinit, etiam animam ad summum perfectionis suæ gradum pervenire, eaque demum ætate evidentiæ vigoris animi, & constantiæ mentis vestigia emergere: conquiescente scilicet illa humorum ac corporis perpetua agitatione aut perturbatione, cui adolescentes obnoxii. Quamobrem & justa, perfecta, integra, robusta hæc ætas in libris nostris appellatur. Pulchre D. Cujac. *de minor. in pr.* Quanquam igitur naturæ lege, certa ex annorum numero perfecta ætatis definitio non est, tamen ex his, quæ diximus, abunde patere arbitror, hanc ætatis justæ definitionem non esse juris mere positivi.

4 *Adhuc tamen ejus ætatis sunt*] Constat inter omnes, ait Ulpian. l. 1. *pr. de min.* fragile esse & infirmum hujusmodi ætatum consilium, multorumque captionibus & insidiis expositum (1): ideoque Prætorum naturalem æquitatem secutum, auxilium adolescentibus adversus captiones polliceri; & in *fin. d. l. 1.* addit, id eo eos usque ad vicesimumquintum annum curatorum auxilio regi.

5 Sed quid opus fuit de curatore adolescentibus dando tam curiose cavere, cum si capti fuerint, Prætor eos in integrum se restitutum polliceatur, nec iis minus subveniat, qui curatorem habentes, eo auctore quid gesserunt? *tot. tit. C. si tut. vel cur.*

int. (2). Nimirum magis decorum atque honestum vitum est, in tempore occurrere & providere, ne minores capiantur, quam ut assiduis implorationibus tribunalia personent. Deinde quia id etiam minoribus tutius est & utilius, ne post vulneratam causam remedium quaerentibus impedimentum aliquod obijciatur, l. *ult. C. in quib. caus. in tut. rest. nec Curatoris autem consilio, & prudentia efficitur, ut non tam facile lædantur, nec necesse sit, restitutionem in integrum toties postulare: quanquam si nihilominus læsi proponantur, auxilium iis Prætor non denegat.*

6 Illud obiter monendi sumus, non tantum ætate curationem finire, sed aliis etiam ex causis, atque ex iisdem fere, ex quibus finitur tutela: denique similiter vel ipso jure, ut adrogatione adolescentis, morte, servitute, deportatione vel adolescentis, vel curatoris; vel interventu Magistratus, ut excusatione, remotione.

7, IN HISPANIA veniam ætatis minoribus necessariam ad curandas res suas Rex concedit, supremo Castellæ Senatu consulente, *senat. 26. tit. 5. lib. 3.* & *sen. tit. 34. tit. 19. lib. 2.* Martinez Salazar in opere cui titulus: *Coleccion de memorias y noticias del gobierno general, y política del Consejo, cap. 8.*

8, Hoc monere visum fuit, quia vidimus, Bernardum Joachimum Danvila tradi hæc in *Additione quam Vinianno hujus*

(1) Arg. d. l. 13. titul. 16. Part. 6.

(2) D. l. 13.

(3) L. 1. tit. 19. P. 6.

(1) Princ. d. tit. 19. P. 6.

(2) D. l. 2.

, *textus commentario* interseruit, impetrari hanc veniam a regia, Curia quam *Cameram* vocamus, ex *senat. 92. tit. 4. lib. 2.* cum olim ejus concedendæ auctoritas ad universum Concilium regium spectaret per *laudatum*, *senat. 34.* Quæ correctio, quam ipse existimat, imaginaria est: quandoquidem *d. senat. 92.* (quod quidem recentius est *laudato senat. 34.*) non exauditur de hac, quam tractamus, ætatis venia; sed de illa qua egent minores ut publica munera obire queant: atque ita usus quotidianus probat.

9, Observamus quoque asseri in *ead.* *Addit.* minori uxoro permitti tum suæ, tum uxoris pecuniæ liberam administrationem; simul ac annum 18. adimpleverit, per *l. 14. seu ult. tit. 1. lib. 5. Recop.* cum hæc non exigat in hac concessione, annum 18. completum, sed inceptum duntaxat, ibi: *en en-trando en los diez y ocho.*

TEXTUS.

A quibus dentur curatores.

1. *Dantur autem curatores, ab eisdem Magistratibus, a quibus & tutores. Sed curator testamento non datur: datus tamen confirmatur decreto Prætoris, vel Præsidis.*

COMMENTARIUS.

1 *Testamento non datur*] Idem traditur in *l. 7.*

(1) *L. 13. tit. 16. P. 6. vers. Pero.*

C. de test. tut. & At quamobrem? Nimirum quia puberes, quibus solis curator datur, ipsi, si velint, res suas administrare possunt; de quo mox plura. Eademque ratio est, cur pater liberis suis puberibus substituere non possit: scilicet quia ea ætate ipsi sibi testamentum facere possunt, *l. 2. de vulg. & pup.*

2 *Datus tamen*] Cum inviti adolescentes sive minores curatores non accipiant, ut *§. seq.* videbimus, non confirmabitur, ipsis nolentibus, curator testamento datus; ad si ipsi voluerint, decreto Judicis confirmabitur datus, hocque peracto curam capesset.

3, IN HISPANIA curator testamento datus debet a Judice confirmari, si hic, eum minori fore utilem, existimaverit, ut expresse statuitur *l. 13. tit. 16. P. 6.* ubi vide *gloss. Greg. Lop.*

TEXTUS.

Quibus dentur.

2. *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem; curator enim & ad certam causam dari potest (1).*

COMMENTARIUS.

1 *Inviti*] Secum pugnare Justinianus videtur, qui initio hujus tituli dixit, ideo minores 25. annis curatores accipere, quia ejus ætatis sunt, ut negotia sua tueri non possint. Deinde cum Justiniano Ulpian. qui in

l. 1. §. ult. de minor. expresse scribit, minoribus 25. annis rei suæ administrationem committi non debere, quamvis rem suam bene gerentibus. Accedit, quod ne Principes quidem, nisi perraro atque extra ordinem minoribus rerum suarum administrationem indulgere solent, auctore eodem Ulpian. *l. 3. pr. dict. tit.* Rævardus *1. var. 17.* & Cujac. in *l. 1. de excus.* socordiam Triboniani accusant, qui ex veteri jure legis Lætorix hic repetiverit, quod jam pridem constitutione D. Marci abrogatum erat. Sed enim & ex responsis recentiorum Jurisconsultorum, & ex posteriorum Imperatorum rescriptis manifeste evincitur, etiam post D. Marci constitutionem non omnes minores curatores accipere coactos. Veluti ex eo, quod Papinianus scribit in *l. 13. in fin. de tut. dat.* minoribus desiderantibus curatores dari solere. Et quod Modestinus *l. 2. §. pen. & ult. qui pet. tut.* non licere aliis curatores minoribus petere, sed ipsos minores duntaxat sibi petere posse. Item ex eo quod Imperatores Diocletianus, & Maximianus Attiano minori rescribunt in *l. 3. C. de in integ. rest.* interesse, utrum is curatorem habeat, an non habeat; si habeat, contractum ab Attiano initum jure non subsistere; si non habeat, subsistere, implorandamque esse restitutionem in integrum. Denique non uno in loco invenies adolescentes sine curatoribus propositos, ut in *l. 7.*

§. 2. de min. l. 43. §. 3. de proc. l. 1. l. 7. Cod. qui pet. tut.

2] Quid ergo respondemus ad ea, quæ huic sententia paulo ante objecimus? Nempe quod Imperator initio hujus tituli ait, puberes usque ad vicesimum quintum annum curatores accipere, de volentibus & petentibus accipiendum esse, arg. hujus *§. junct. l. 2. §. pen. & ult. qui pet. tut. vel cur.* cui & subjecta ab Imperatore ratio accommodanda est. Ulpianum ad eam *l. 1. §. ult. de minor.* de effectu curæ jam constitutæ loqui, cujus ea vis sit, ut minores, quibus petentibus semel curator datus est, hujus curatoris auxilio usque ad annum 25. regi debeant, nec possit Magistratus eum, quem semel curatorem dedit, a munere suo remove, minoribusque ob id, quod jam amplius sub cura vivere non lubeat, rerum suarum administrationem restituere, arg. *l. 1. & 3. in pr. eod. tit.* ubi hujusmodi Magistratum decreta ut ambigua Imperatores interpretantur & improbant: quoniam solius Principis sit ætatis veniam concedere (1). Adi & Franc. de Amaya *lib. 1. observ. jur. cap. 9.*

3 *Præterquam in litem*] Sive litem minor intendat, sive excipiat, *l. 2. Cod. qui leg. pers. stand. in jud.* (2). Quod ideo comparatum est, ne minoribus agentibus, aut judicio conventis, adversarius elisorio judicio lædatur, cum sententia adversus minores inlatis lata nullius momenti sit, *l. contra 54. de re jud.* (3). Idem & in aliis

(1) *Sen. tit. 26. lib. 3. tit. 5.*

(2) *D. l. 13. tit. 16. P. 6.*

l. 17. eod.

(3) *L. 1. tit. 25. P. 3. vers. Pero.*

aliis rebus simili æquitatis ratione receptum, veluti si debitor velit, aut cogatur minori solve- re, l. 7. §. 2. *de min.* si is, qui tutor fuit, rationem administrationis suæ redderet, l. 7. *Cod. qui pet. tut.*

4 *Ad certam causam*] Duplex igitur hic inter tutelam & curam differentia animadvertitur; una est, quod curator non detur invito, tutor invito detur, l. 6. *de tut. & cur. dat.* altera, quod curator ad certam causam dari potest, tutor non potest, §. *certæ* 4. *sup. qui test. tut. dar. poss.* (1).

5, IN HISPANIA moris est, ut ipsi minores, si egent, curatores sibi petant, dum testamento datum non habeant. Si enim datum testamento habuerint, confirmabitur is, secundum ea quæ diximus nuper §. 1. *hoc tit.*

TEXTUS.

De furiosis & prodigis.

3. *Furiosi quoque, & prodigi licet majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt* (2) *agnatorum, ex lege XII. Tabularum. Sed solent Romæ Præfectus urbi, vel Prætores, & in Provinciis Præsides, ex inquisitione eis curatores dare.*

COMMENTARIUS.

1 Non uti tutela quædam impuberum legitima est, ita & cura quædam mino-

(1) L. 1. tit. 16. P. 6. junct. l. 3. *cod.*

rum puberum. Tutela legitima agnatis proximis lege defertur propter spem certam successio- nis, l. 1. *de leg. tut.* Cura autem nulla ob ætatem lege delata est, quia puberes testamentum facere, & præteritis agnatis, quem velint sibi heredem instituere possunt. Unde jam intelligitur, cur ob furor- em, vel prodigalitatem, a lege curatores dentur: nimirum quia furiosi & prodigi, qui non magis quam impuberes testamentum facere possunt, certos successores habent agnatos, quos ideo & curatores esse lex voluit.

2 Prodigum definit Ulpian. *d. l. 1. eum: Qui neque modum: neque finem impensarum habet, sed bona sua dilacerando & dissipando profundit* (3). Unde vulgo queri solet: an prodigus intelligendus sit qui factio talis est, an vero decretum Magistratus expectandum? hoc est, an ipso jure, & lege XII. Tabularum dissolute & luxuriose viventi bonorum administratio interdicta intelligatur; an vero tum demum cum talis esse sententia Magistratus declaratus sit? Dicendum, eum, qui moribus talis est, qualis in *d. l. 1.* describitur, revera quidem & ethice prodigum esse (nam vitia & virtutes non pendent ex cognitione & sententia Judicis, sed propriam naturam & formam habent); cæterum quoad rerum suarum administrationem neminem ante politice, & effecta juris prodigum haberi, quam ea administratio causa cognita decreto Magistratus ei ad-

(2) *D. l. 13.*

(3) *L. 5. tit. 11. P. 5.*

adempta sit; cujusmodi decreti extat vetus formula apud Paul. 3. *sent.* 4. Nimirum bonorum administrationis ademptio sive interdictio non juris est, sed jurisdictionis; hoc est, nemini speciatim bonorum administrationem lex interdicit, ac ne potest quidem interdiceret: sed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate Magistratus, quos prodigos esse causa cognita constabit, eumque cui bonis publice interdictum est, vult esse in curatione agnatorum, Ulpian. *d. tit.* §. 1. *fac. §. 2. infr. quib. non est perm. fac. test. l. 6. de cur. fur.* qui tamen & lege interdicti bonis dicitur, *d. l. 1. de cur. fur. & alibi*, propterea quod lex id fieri jubet, & quia a lege curatorem, & administratorem bonorum accipit. Bene igitur, & rationi juris convenienter Horatius 2. *serm.* 3.

.... *Interdicto huic omne adimat jus*

Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos.

3 Furiosi alia ratio est. Nam cum furor per se emineat, ut furioso bonis a Magistratu interdicitur, non requiritur: at vero an quis prodigus haberi debeat, ex multis & variis circumstantiis æstimandum est, de quibus Magistratum cognoscere & pronuntiare oportet, ne quis temere in hominem sui juris, & liberalem forte magis quam prodigum, potestatem aliquam sibi usurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat. Atqui, inquis, prodigus receptis sanis moribus, & cum fru-

Tom. I.

(1) *L. 13. tit. 16. P. 6.*

galitate in gratiam reversus, desinit ipso jure esse in curatione, *d. l. 1. de curat. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem Magistratus; utique necesse est, ut publice & aperte de eo constet, uti communiter DD. nostri teste Angelo statuatur. Atque hoc etiam concedo: si quis contraxerit cum manifeste luxurioso, eoque, quem sciebat, pecuniam illico male consumpturum, dici posse, esse quod sibi imputet, arg. *l. 8. pro empt. Anton. Fab. C. suo de cur. fur. defun.* 7.

TEXTUS.

De mente captis, surdis &c.

4. *Sed & mente captis, & surdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant (quia rebus suis superesse non possunt) curatores dandi sunt.*

COMMENTARIUS.

1 **M**ente captis] (1) Furiosus utique est mente captus, hoc est, demens sive amens: nam furor, definitore Cicerone 3. *Tusc.* est: *Mentis ad omnia cæcitas.* Plerumque tamen separantur, ut in *l. 27. §. 5. de recept. arb. l. 2. de inoffic. test.* uti & furor & dementia, *l. 8. de tut. & cur. dat. l. 6. de cur. fur.* Cicer. in *Pison. cap. 36.* *Ego te non recordem, non furiosum, non mente captum, non tragico illo Oreste, aut Athamante dementiorum putem?* Hoc autem distare furiosum a mente capto Interpp.

R

no-

nostri docent, quod ille rabie quadam animi agatur, quales fabulæ memorant Athamantem, Herculem, Ajacem, Orestem; hic magis in quiete sit, nec ulla fere signa ostendat extrinsecus, quod vitium plerumque naturale & perpetuum est. Furiosorum autem duo sunt genera: nam in quibusdam morbus perpetuus est, & continua mentis abalienatio, in quibusdam remissionem & intervalla habet, l. 14. de offic. Præs. l. 12. §. 2. de judic.

2 *Surdus, & mutus*] De surdis, & mutis est in l. 8. §. 3. de tut. & cur. dat. generatim de omnibus, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint in l. 12. eod. tit. De cæcis nihil cautum: quippe qui rei suæ familiaritati, si nihil aliud impediatur, satis bene præesse possint.

TEXTUS.

De pupillis.

5. *Interdum autem & pupillæ curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel a Præatore, aut Præsidente, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administrat, solet ei curator adjungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari* (1).

(1) D. l. 13.

COMMENTARIUS.

1 *Habenti tutorem tutor dari non potest*] Regula juris civilis passim in hoc argumento tradita, l. 27. de test. tut. l. 9. C. qui pet. tut. &c. Cujus vera ratio est, quæ a Wesembecio redditur, quod cum tutor personæ pupilli, & universo ejus patrimonio datus intelligatur, §. 17. infr. de excus. hoc jus ei invito, quandiu tutor manet, sine injuria adimi, aut minui non possit, apposito alio tutore. Curator autem recte adjungitur juvandi & sublevandi tutoris causa, & volenti ac petenti item tutor. Cæterum hæc regula non unam patitur exceptionem. Nam loco tutoris impediti, nonnunquam tutor, nonnunquam curator dari dicitur. Existimo, Prætorum pro qualitate morbi tutoris, aut diuturnitate absentiae, modo tutorem, modo curatorem dedisse, veteresque hisce nominibus promiscue sæpe usos.

2 *Nec tamen fraudulenter*] Nam fraudulenter in re pupilli versanti, non curator adjungitur, sed tutela interdicitur, l. 6. Cod. de suspec. tut. §. ult. infr. eod. Hæc autem clausula in legitimo tutore omissa est, cujus existimationi propter necessitudinem parçitur, etiamsi quid forte peccaverit; & curator ei potius adjungi solet, quam ut notata fide a tutela removeatur, l. 9. de suspec. tut.

3 *Sed ad tempus*] Quod Reipublicæ

publicæ causa absint, l. 15. de tut. dat. aut ob aliam necessariam aut justam causam, l. 16. eod. In ejus autem locum, qui in perpetuum excusatur, alius tutor sufficitur, l. 11. §. 1. de test. tut. l. 1. C. in quib. cas. tut. hab.

TEXTUS.

De constituendo actore.

6. *Quod si tutor vel adversa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quominus negotia pupilli administrare possit, & pupillus vel absit, vel infans sit; quem velit actorem periculo ipsius tutoris Prætor, vel qui provincie præerit, decreto constituet* (1).

COMMENTARIUS.

1 *Non semper ex causis, quas diximus, tutori curator a Magistratu additur: sed*

solet decreto Prætoris actor constitui periculo tutoris, quotiescunque aut diffusa negotia sunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulat, l. 24. de adm. tut. quem adiutorem tutelæ appellat Pompon. l. 13. §. 1. de tut. Curator quoque ex iisdem causis similiter actorem dat, l. unic. C. de act. a tut. seu cur. dand.

2 *Vel absit, vel infans sit*] Nam si præsens sit, & fandi potens, nihil necesse est Prætorum adire actoris decreto constituendi causa, cum pupillus ut dominus, auctore tutore, procuratorem constituere possit, d. l. 24. de adm. tut. l. 11. C. de proc.

3 *Periculo ipsius tutoris*] Hoc ideo, quia is, qui nominat, idoneum esse promittere videtur, arg. l. 1. de Mag. conv. l. 4. §. 3. de fidejuss. & nominat.

4 *Constituet*] Id est, decernit editum & nominatum a tutore, & ob hanc causam etiam periculo tutoris.

TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.

DE SATISDATIONE TUTORUM

VEL CURATORUM.

D. Lib. 27. Tit. 7. Cod. Lib. 5. Tit. 57. (2).

1 *Hactenus dictum est de tutoribus & curatoribus distincte & separatim, expositumque, quæ tutelæ, quæ etiam curæ sunt propria. Quæ nunc se-*

quantur, satisfactio, excusatio, suspecti accusatio, & remotio promiscua sunt, & utriusque muneris communia. Quamobrem quæ forte de uno genere brevitatis

R 2

cau-

(1) L. 96. tit. 18. P. 3.

(2) Tit. 16. P. 6.

causa dicimus; ea de altero quocumque intelligenda sunt. *Hic* autem *titulus*, quamvis simplicem inscriptionem, duo tamen capita habet: unum est de satisfactione a tutoribus in præparatione ad officium exigenda, cui respondet *titulus* in *Pand. rem pup. sal. for.* alterum de Magistratibus in subsidium conveniendis, de quo *tit. Pand. & C. de Mag. conv.*

2 Præter satisfactionem aliarum a tutoribus & curatoribus exiguntur, quæ *hic* omisæ: nimirum ut repertorium seu inventarium rerum pupillarum conficiant, *l. 7. de adm. tut. l. 24. C. cod. (1)*. Deinde ut jurent se res gesturos, ex fide ad pupillorum utilitatem, *nov. 72. cap. ult. unde authent. Quod generaliter C. de curat. furios. (2)*. Ad hæc pro officio administrationis bona tutoris pupillo tacite pignori sunt obligata, *l. 20. C. de adm. tut. (3)*. Postremo tutori non licet, bona pupilli immobilia, aut ex mobilibus quæ servando servari possunt, sine cognitione & decreto Judicis alienare, *l. 22. C. de administr. tut. (4)*. Et quamvis cætera alienare possit, ita tamen potest, ut ex eis prædia idonea pupillis comparet, *l. 24. C. cod.*

3 Quia vero tutorum officium nimis est onerosum, ipsis JURA HISPANA concedunt partem decimam fructuum, sive reddituum ex bonis pupilli obve-

nientium, *l. 2. tit. 7. lib. 3. For. ri Regii*, de qua vide Gasparem Baeza in opere *de decima tutori Hispano jure præstanda*, & Joann. Gutierr. *de tutel. part. 3.*

TEXTUS.

Qui satisfacere cogantur.

Ne tamen pupillorum, pupillarumve, & eorum, qui, quæve in curatione sunt, negotia a curatoribus, tutoribusve consumantur, vel diminuantur: curet Prætor, ut & tutores, & curatores eo nomine satisfacant (5). Sed hoc non est perpetuum, nam tutores testamento dati satisfacere non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipso testatore approbata est. Item ex inquisitione tutorum vel curatores dati satisfactione non onerantur: quia idonei electi sunt.

COMMENTARIUS.

1 **E**o nomine satisfacant] Satisfacere proprie est: Fidejussoribus datis cavere, *l. 1. qui satisfac. cog.* Itaque satisfacere tutelæ, aut curæ nomine est; Stipulanti pupillo, vel adolescenti, sive alii, cui de ea re stipulandi jus est, promittere, se pupillum, vel adolescentem indemnem præstaturum, datis in eam rem fidejussoribus, qui, quod tutorem

ex

(4) *L. 18. tit. 16. P. 6. l. 4. tit. 5. P. 5. cum gloss. 3. ejusd.*

(5) *L. 9. d. tit. 16. P. 6. l. 94. tit. 18. P. 3.*

ex ea causa præstare oportebit, spondeant: unde hæc cautio dicitur satisfactio de indemnitate pupilli, vel adolescentis, & passim satisfactio rem pupilli, vel adolescentis salvam fore. Si plures fidejussores a tutore dati sunt, singuli in solidum tenentur, & conveniri possunt; neque beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores ex epistola D. Hadriani habent, de quo *infra* in §. 4. de fidejuss. ad fidejussores tutoris pertinet, *l. ult. rem pup. sal. for.*

2 Sed hoc non est perpetuum]

Hoc adeo perpetuum non est, ut exceptiones latius patere non videantur, quam ipsa regula: nullum enim genus tutorum est, in quo non aliqui satisfaciendi lege soluti sint: testamentarii in univsum, *l. 17. de test. tut. l. 3. & 4. C. de tut. vel cur. qui sat. non ded.* Ex legitimis eximuntur patroni, eorumque liberi, *l. 5. §. 1. de legit. tut.* Ex dativis, qui dantur ex inquisitione, *hoc text. & l. pen. C. d. tit.* At cur hos omnes a satisfactione immunes esse placuit contra utilitatem, ut videtur, pupillorum? Respondemus, nihil hic fieri contra utilitatem pupillorum: tantum ubi illis satis bene prospectum esse creditur, incivile visum est, satisfactionem exigere, virisque spectatæ fidei ac diligentiae hoc onus imponi. Tales autem habendi sunt, qui vel testamento, vel ex inquisitione dantur, ob causas, quas mox exprimit Justinianus. Patrono autem, liberisque ejus etsi satisfactio remittitur, id tamen non fit nisi causa cognita, *d. l. 5. §. 1. de leg. tut.* Parentem

autem manumissorem vel maximum hac lege solutum esse convenit.

3 Tutores testamento dati] Extra quam si facultatum dati a patre tutoris facta sit diminutio, vel morum ante celata aut ignorata emergerit improbitas, vel inimicitiae cum patre exarserint, *l. 4. de test. tut. l. 8. cum duab. seqq. de conf. tut.* Tutores quoque, qui non legitime testamento dati, aut omnimodo, aut ex inquisitione constituti sunt, satisfactione non onerantur; cæteri satisfacant, *l. 1. §. 2. & alii quot ll. seqq. d. tit. §. ult. sup. de tut.*

4 Ab ipso testatore approbata] Quippe parentes nemini tutelam liberorum suorum committere solent, nisi ei, cujus benevolentia, fides, ac diligentia eis satis cognita perspectaque sit, *l. 36. de excus.* ut merito paternum testimonium pro satisfactione sufficere debeat, *l. 27. C. de episc. aud. l. ult. §. 5. C. de cur. fur.*

5 Quia idonei electi] Quam ob causam fidem inquisitionis pro vinculo cautionis cedere, Pap. scripsit *l. 13. in fin. de tut. & cur. dat.*

6 IN HISPANIA nihil expressè sancitum invenitur circa satisfactionis necessitatem imponendam, vel remittendam tutoribus testamento datis. Cæterum, quia *l. 94. tit. 18. P. 3. & l. 9. tit. 16. P. 6.* quæ tutoribus hujusmodi necessitatem injungunt, de legitimis duntaxat loquuntur, probabilius videtur, testamentarios ex sententia *dd. ll. ab hoc* onere esse immunes. Idem quoque confirmat particula adverbiva, *Pero*, quæ principium est *vers.* loquentis de satisfactione in *d.*

, l. 9.

(1) *L. 15. cod.*(2) *L. 9. tit. 16. P. 6. vers. E* subre todo.(3) *L. 23. tit. 13. P. 5. vers. E* cum declinor.

l. 9. Vide Greg. Lop. in glos. 5. ejusd. l. 9. ubi etiam probat juris Romani placita in hoc argumento de patrono, ejusque liberis, & tutoribus ex inquisitione datis, dicens tamen, in praxi ab omnibus dativis satisfactionem exigi. Quod attinet ad matrem & aviam quibus tutela defertur, deficientibus tutoribus testamentariis, ordine successivo, vo, id est, prius matri, & postea avia, volunt Azzo, & de Manuel in suis Inst. Castellæ lib. 1. cap. 3. vers. Como, eas satisfaciendi oneri non adstringi, ex d. l. 9. tit. 16. P. 6. Cæterum longe probabilior est contraria sententia, quam tuerentur Greg. Lop. in glos. 8. ejusd. l. 9. & Gutier. de tutel. part. 1. cap. 12. n. 16. de nixi ratione, quod licet laudat l. 9. id non requirat specialiter in matre & avia, requirit tamen indiscriminatim in tutoribus legitimis, mater autem & avia legitimæ tutrices sunt, vel saltem legitimis annumeranda, si earum tutelam anomalam appellare placet, ut eam nonnulli vocant. Vide Gutier. laudat n. 16. ubi late & doctè hanc questionem examinat.

TEXTUS.

Quatenus satisfactio de iis, qui satisfacere non compellantur, locum habere possit.

1. Sed si ex testamento,

(1) L. 11. tit. 16. P. 6.

vel inquisitione duo pluresve dati fuerint; potest unus offerre satisfactionem de indemnitate pupilli, vel adolescentis, & contutori suo, vel concuratori præferri, ut solus administret: vel ut contutor, aut concurator satis offerens præponatur ei, ut & ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satisfactionem a contutore, vel concuratore: sed offerre debet, ut electionem dat concuratori, vel contutori suo, utrum velit satis accipere, an satisfacere (1). Quod si nemo eorum satis offerat, siquidem adscriptum fuerit a testatore, quis gerat; ille gerere debet: quod si non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto Prætoris caveatur. Sin autem ipsi tutores disenserint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent; Prætor partes suas interponere debet. Idem & in pluribus ex inquisitione datis comprobandum est; id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fiat.

COMMENTARIUS.

I **Hic** locus exceptionem quandam continet eorum, quæ de tutoribus testamento, aut ex inquisitione datis satisfactionem non onerandis initio dicta sunt; nam etsi directo ab his satisfactio exigi non potest; si tamen plures sunt hujusmodi tutores, provocatione unius fieri potest, ut cæteri satisfactioni sub-

subjiciantur, si huic parato satisfacere, administrationem committi nolint. Id quod summa ratione a Prætoribus introductum est. Nam cum periculum, administratione non divisa, commune sit omnium tutorum, & quod culpa unius male gestum est, alios quoque oneret, l. 6. in fin. C. arb. tut. l. pen. C. de div. tut. æquissimum est, ut ei, qui hoc incommodum metuit, soli administratio permittatur, satisfactionem ad securitatem collegarum offerenti: aut si ipsi administrare malint, eadem conditione administrent, collegamque suum, qui satis obtulit, præstita cautione, itidem securum reddant. Porro quoniam tutela non tam commode a pluribus, quam ab uno administrari solet (quippe plures ad administrationem admissi sæpe dissensione aut emulatione se invicem impediunt; sæpe etiam, ut ait Aristot. 2. Pol. mutua præsumptione & fiducia operæ alterius omnes cessant; utique unus facilius & actiones exercet & excipit): curæ Prætori fuit, ut quoad fieri posset, in paucos, vel unum potius tutelam derivaret, quam ut ea per multos spargeretur, l. 3. §. 6. de adm. tut.

2 Hujus autem rei causa gradus complures Prætor fecit, quorum ordinem & numerum hic demonstrat Justinianus. Primus est, ut ei, qui ex pluribus satisfactioni non obnoxiiis satisfactionem offert, gestio committatur, l. 17. de test. tut. Proximus: si nemo satis offerat, ut ei committatur,

quem testator gerere voluit, cui male primum locum defert Hottomanus, d. l. 3. §. 1. de adm. tut. l. 14. §. 1. de solut. Tertius: si testator neminem designavit, ut is administret, quem major pars collegarum elegerit, d. l. 3. §. si non 7. d. l. 14. §. 1. Quartus: si collegæ inter se dissentiant, ut tum Prætor partes suas interponat, & causa cognita, ipse statuatur, quis tutelam gerere debeat, d. l. 11. Sorte hic rem dirimi non placuit, quia vertitur præjudicium alterius, Glossa in verb. partes. Enimvero hæc ita obtinent, ubi de tutelæ administratione uni, aut paucis committenda agitur: nam si omnes gerere velint, aut tutelam inter se dividi, vel in partes, vel in regiones, audiendi sunt; ne inveniatur alienum periculum subire cogantur, d. l. 3. §. pen. & ult. cum l. seq. de adm. tut. Idemque dicendum, si omnes parati sint satisfacere, d. l. 17. de test. tut. ut tamen maxime idoneum Prætor eligere possit, l. 18. d. tit. (1). Porro nec iudicio testatoris semper in hac re statuitur; nec satis offerens semper præfertur ob causas, quas assertit Ulp. d. l. 3. §. 3. de adm. tut. d. l. 17. §. 1. & 2. de test. tut.

3 **Per se non potest petere**] Dativus, vel testamentarius tutor sive curator a collega suo satis petere non potest: sed offerre ei debet, utrum satis accipere velit, an dare, l. 7. rem pup. s. d. for. scilicet ita: aut satisfacere, aut satis accipere.

(1) D. l. 11. tit. 16. P. 6.

4 *In pluribus ex inquisitione*] Ex interpretatione videlicet edicti, & oratione DD. Fratrum: siquidem verba edicti ad testamentarios tantum pertinent, l. 19. §. 1. *de test. tutel.* Illud hic prætereundum non est; etiamsi uni administratio decernatur, non idcirco tamen honorarios tutores, id est, eos, qui non administrant, per omnia immunes esse a periculo tutelæ; sed excussis prius facultatibus ejus, qui gessit, etiam hos conveniri posse: quippe quorum munus sit, observare actus tutoris gerentis, rationes inspicere, & male versantem suspectum facere, d. l. 3. §. 2. *de administr. tut.*

TEXTUS.

Qui ex administratione tutelæ, vel curationis tenentur.

2. *Sciendum autem est, non solum tutores, vel curatores pupillis, vel adultis, cæterisque personis ex administratione rerum teneri; sed etiam in eos, qui satisfactionem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ ultimam eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino a tutoribus, vel curatoribus satisfacti non curaverunt, aut non idoneo passim sunt cavere. Quæ quidem tam ex prudentum responsis, quam ex constitutionibus imperialibus etiam in heredes eorum extenditur.*

COMMENTARIUS.

1 **P**ARS hujus tituli altera, in qua agitur de actione subsidiaria, quæ pupillis vel adultis cæterisque personis tanquam ultimum præsidium datur adversus Magistratus, qui satisfactionem exigere debent. Unde apparet, huic actioni locum non esse, ubi testamento, vel ex inquisitione dati sunt tutores: sed usum ejus esse posse in legitimis tantum, aut simpliciter datis, quos solos satisfactioni obnoxios esse diximus.

2 *Subsidiariam actionem*] Quæ ex re ipsa hoc nomen accepit, quia in subsidium pupillis datur, si a tutoribus, eorumve fidejussoribus suum consequi nequeant: ut hæc actio ultimum eis sit periculum, & tanquam sacra anchora, l. 4. & 5. *C. de Mag. conv.*

3 *Non idoneo passim sunt cavere*] Quoties vitiose cautum est, non videtur cautum, l. 6. *qui satisf. cog.* Atque hic notant, paria esse, utrum quid non fiat, an non debito modo. Sed hoc interest, quod ubi omnino cautum non est, statim Magistratus conveniri possunt; ubi cautum est, licet non idoneo, fidejussorum bona prius excutienda sunt, quam ad Magistratus veniatur.

4 *In heredes*] Non tamen similiter tenentur heredes Magistratum, ut ipsi Magistratus: nam nec heres tutoris negligentis nomine tenetur. Magistratus quidem in omne periculum succedit; heres ipsius doli tantum, & dolo proximæ culpæ succedaneus est, l. 4. *de Mag. conv.* l. 2. *C. eod.*

TEX-

TEXTUS.

Si tutor vel curator cavere nolit.

3. *Quibus constitutionibus & illud exprimitur, ut nisi caveant tutores, & curatores, pignoriibus captis coerceantur.*

COMMENTARIUS.

1 **P**ignoriibus captis] Pignora ideo dicuntur, quia aliquandiu, & donec aliquid fiat, retinentur; eaque pars fuisse videtur multæ dictionis. Quod si in contumacia non cavendi tutores perseverent, removendi a tutela ut suspecti, l. 3. *C. de susp. tut.*

TEXTUS.

Qui dicta actione non tenentur.

4. *Neque autem Præfectus ur-*

bi, neque Prætor, neque Præses provinciæ, neque quisquam alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur: sed hi tantummodo, qui satisfactionem exigere solent.

COMMENTARIUS.

1 **Q**ui satisfactionem exigere solent] Ut Magistratus, & defensores civitatum, Theoph. Item Scriba Præsidis, vel Prætoris, l. ult. *C. eod.*

2, *IN HISPANIA* mos est, ut cum Judex fidejussores dari a tutoribus jubet, decreto exprimat, eos judicio, & periculo Scribæ, qui acta conficit, dari, quo peracto, Scriba qui illos probat, tanquam anchora est Judicis, qui ab eo repetet mandati actione id quod conventus solverit.

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM

VEL CURATORUM.

D. Lib. 27. Tit. 1. Cod. Lib. 5. Tit. 62. (1).

1 **T**Ractationem de excusationibus, & suspectis tutoribus in postremum hunc locum rejecit Justinianus, cum ageret de modis, quibus tutela finitur, §. ult. *sup. quib. mod. tut. fn.* Agit hoc tit. de excusationi-

Tom. I.
(1) Tit. 17. P. 6.

bus, sequenti & postremo de suspectis. Utrumque autem etiam hoc argumentum promiscuum est, atque ex æquo ad tutores & curatores pertinet. Excusatio nihil aliud est, quam: *Justæ causæ apud Magistratum allegatio ad*

S

ob-

obtinendum a tutela, sive delata, sive suscepta immunitatem. Ajo, sive delata, sive suscepta (1). Nam excusationum usus est & ante, & post susceptam administrationem, ut ex sequentibus apparebit. Ajo, justæ causæ. Nam nisi excusatio justâ, atque ad eam rem constitutâ causa nitatur, non est audienda. Et enim tutela munus publicum est, cujus ea conditio, ut id, nisi iusta causa afferatur, neque delatum detrectari, neque susceptum deponi possit, l. 3. §. 1. & 4. l. 6. de mun. & hon. l. 1. & passim de vac. mun. Causæ excusationum variæ sunt: hic octodecim fere enumerantur, plures in Pand. & C. hoc tit. Atque harum omnium quædam certæ sunt, & legibus ita definitæ, ut simpliciter sint recipiendæ; cujusmodi sunt numerus liberorum, administratio fisci, absentia Reip. causa &c. aliæ arbitrariæ, quæ, causa cognita, a Magistratu vel recipi, vel rejici possunt; quales sunt, verbi causa, paupertas, adversa valetudo, imperitia litterarum.

2, IN HISPANIA cognati qui, ad legitimam tutelam vocantur, possunt pro suo libito tutores, non esse, quin ipsis necessaria sit ulla excusationis causa, l. 2. tit. 16. P. 6. vers. La tercera, l. 12. in pr. eod. quod jure Romanico non constitutum non invenimus.

TEXTUS.

De numero liberorum.

Excusantur autem tutores,

(1) L. 1. eod.

& curatores variis ex causis: plerumque tamen propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela, vel cura potest excusari, exemplo cæterorum munerum: nam & tutelam, & curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris sui succedant: ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelam, vel curam muneris excusationem prosunt: defuncti autem non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint. Et constat, eos solos prodesse, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

COMMENTARIUS.

1 Propter liberos] Romanis studium fuit, ad matrimonia omnibus modis invitare, quod publice interesse credebant, iusta sobole repleti civitatem; quam ob causam & pœnis cælibes; & maritos, qui liberos suscepissent, præmiis affecerunt: quod effectum maxime legibus Julii de maritandis ordinibus, & lege Papia Poppæa, de quibus Cujac. ad l. 2. hoc tit. Lipsius in comm. ad 3. annal. ad verba Taciti, de moderanda Papia Poppæa. Hotom. in descriptione legum

gum Rom. Inter hæc præmia immunitas fuit a muneribus civilibus, l. 1. pr. l. 2. de vac. mun. ac proinde etiam a tutela & cura, l. 2. §. 2. hoc tit. l. 1. C. qui num. lib.

2 Sive emancipati] l. 2. §. 3. hoc tit. l. 2. §. 5. de vac. mun. quippe hæc immunitas non tam propter onus domesticum educationis liberorum conceditur, ut vulgo existimant, quam ut præmium & remuneratio propagationis. De jure trium liberorum vid. Duar. 1. disp. anniver. cap. 40. & multo accuratorem M. Vertran. Maurum de jure lib.

3 Exemplo cæterorum munerum] Personalium nimirum: nam a patrimonialibus muneribus, quæ rerum & possessionum proprie onera sunt, numerus liberorum non excusat, l. 2. §. 4. l. 10. & seq. de vac. mun. nequæ ab honoribus muneribusque his cohærentibus, d. l. 2. §. 1. nisi major sit, videlicet sexdecim liberorum, l. 5. §. 2. de jur. imm. aut minimum duodecim, l. 24. C. de decur. quo tamen loco pro 12. substituendum esse 16. existimat Cujac.

4 Publicum munus] Tutela proprie non est munus publicum: neque enim rem publicam, sed privatam pupilli tutor tractat: nec Reip. pecuniariter interest, pupillis tutores dari, l. 2. §. pen. ad municip. sed per consequentias, & improprie loquendo: quia ad curam publicam pertinet, orbos ac pupillos tueri ac defendere, l. 2. §. 2. qui pet. tut. Hinc facile intelligitur, cur Modest. neget, tutelam esse munus Reip. l. 6. §. 15. hoc tit. At quid si dica-

mus, ideo tutelam appellari munus publicum, quia cuivis e populo non secus ac cætera munera publice injungi potest?

5 Adoptivi liberi non prosunt] Quod & generaliter traditum est, d. l. 2. §. 2. de vac. mun. Et ratio est, quia hæc beneficia patribus data sunt, qui numero civium Remp. auxerunt. Meminit Tacitus 15. annal. cap. 19. senatusconsulti facti tempore Neronis, quo cautum erat: Ne liberi adoptivi ad præmia patrum prodesent.

6 Nepotes ex filio prosunt] Scilicet demortuo, l. 2. §. 7. hoc tit. nam ex filio emancipato nati, avo ideo non prosunt, quia ille ei prodest, & hi patri suo. Quod si plures sint ex uno filio nepotes, non singuli singula capita constituunt, sed unum universi; patremque omnes simul repræsentant, d. loc. quod & in cæteris muneribus obtinet, l. 3. C. de his qui num. lib.

7 Ex filia non prosunt] Non quia in avi materni potestate non sunt: nam nec emancipati, nec in adoptionem dati, in potestate patris manent, quos tamen prodesse constat; sed quia duobus prodesse non debent: prosunt autem patri suo, aut avo paterno, l. 2. C. qui num. lib.

8 Superstites] l. 2. §. 4. hoc tit. quippe hi soli Reipub. usui sunt. Defuncti non prosunt: præterquam bello amissi, d. l. 2. Quod Ulp. l. 18. hoc tit. & Justinianus hæc, de iis accipi volunt, qui in acie, seu in prælio amissi sunt, propterea quod hi pro Rep. ce-

cidisse intelligantur, & in perpetuum per gloriam vivere. De iis, qui pro patria mortem oppetunt præclare M. Tullius pro *Planc. cap. 37. & Philip. 9. cap. 2. Liv. lib. 25. cap. 38.*

9, IN HISPANIA qui habet, quinque filios superstites, excusatur a tutela: uti etiam si alii, qui ex eis in acie perierunt, *l. 2. tit. 17. P. 6.* & insuper, qui sex masculos superstites simul habuerit, immunis sit ab aliis etiam oneribus, etsi aliquis eorum postea decesserit, *l. 14. & ult. tit. 1. lib. 5. Recop.* qua lege, idem privilegium conceditur illis, qui quartum annum a nuptiis ab ipsis contractis numerandum non sunt egressi; illi vero, qui intra secundum consistunt, immunes amplius ab omnibus tributis pronuntiantur, in *d. l. 14.* Vide Retes late eam explicantem *lib. 7. opusc. cap. 4.*

TEXTUS.

De administratione rei fiscalis.

1. Item D. Marcus in semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, a tutela, & cura, quandiu administrat, excusari posse (1).

COMMENTARIUS.

I *semestribus*] Crebra est semestrium D. Marci in libris nostris mentio. Auctor est Suetonius in *Aug. cap. 35.* Au-

(1) *L. 2. tit. 17. P. 6.*

gustum semestria Senatorum aliquot concilia sibi instituisse, cum quibus de negotiis ad frequentem Senatuum referendis ante tractaret. Dion. *lib. 53.* scribit, ex reliquo numero Senatorum quindecim ad hoc sorte lectos esse, quod exemplum Marcus secutus videtur. Vide Pet. Fab. in *præfat. semestr.*

2 *Res fisci*] Vel etiam rem privatam Principis, *l. 41. hoc tit.* Huc referunt & exactores tributorum, *l. 10. C. eod. colonos patrimoniales, l. ult. C. qui dar. tut. cæterosque, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit, l. 22. §. 1. l. 30. eod.*

TEXTUS.

De absentia Reipublicæ causa.

2. Item, qui Reipublicæ causa absunt, a tutela, vel cura excusantur. Sed etsi fuerint tutores, vel curatores dati, deinde Reip. causa abesse ceperint, a tutela, vel cura excusantur, quatenus Reip. causa absunt: & interea curator loco eorum datur; qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ: nam nec anni habent vacationem, ut Papi- nianus libro quinto responsorum scripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelæ vocati (2).

COMMENTARIUS.

I *Reipubl. causa absunt*] *l. administrantes 41. §. 2. hoc tit.* Reip. causa abesse

(2) *D. l. 2. tit. 17. P. 6.*

dicuntur: *Qui publici alicujus muneris, vel officii causa, cui præsumunt, ab urbe profecti sunt, ut ex Modestino, Paulo, & Ulpiano discimus, l. abesse 32. l. 35. l. 38. ex quib. caus. maj.* Horum duo sunt peculiaria: nam cum cæteri, qui propter solum officium, aut magistratum excusantur, susceptam tutelam deponere non possint, §. seq. eamque, a qua excusati erant, statim finito officio suscipere cogantur, arg. §. præc. *l. 22. §. 1. & d. l. 41. hoc tit.* utrumque contra est in his, qui Reipubl. causa absunt: nam a suscepta, quandiu Reipubl. causa absunt, excusantur: & si interim ad novam tutelam vocati fuerint, reversi anni habent vacationem (1), *hoc text. l. 10. eod.*

TEXTUS.

De potestate.

3. Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, ut D. Marcus rescripsit: sed susceptam tutelam deserere non possunt (2).

COMMENTARIUS.

I *Potestatis* vocabulum apud nostros aliquando large accipitur, ut iis etiam attribuantur, qui cum Magistratus non sint, notionem tamen aut jurisdictionem aliquam habent, ut in edicto: *Quod quisque juris &c. l. 1. §. 1. item in l. 3. §. ult. de*

(1) *D. l. 2. tit. 17. P. 6.*(2) *D. l. 2.*

rec. arb. Saepe item hæc vox significat publicam illam jubendi ac coercendi auctoritatem, quæ Magistratum est, sed omnium communis: ut idem sit Magistratus potestas, & imperium. Itaque est, quod Paulus scribit *l. potestatis 215. de verb. sign.* potestatis vocabulo imperium in persona Magistratum significari: ac proinde in hac significatione verum est, etiam minores Magistratus imperium potestatemque habuisse. Nonnunquam etiam, per excellentiam, soli Magistratus majores imperium & potestatem habere dicuntur; minores sine imperio & potestate esse, *l. 32. de injur. l. 2. de in jus voc.* Atque in excellentiori hoc significatu potestatis verbum hic accipiendum esse, ex eo perspicuum est, quod Atilitas a tutela non excusat, *l. 17. §. 4. hoc tit.*

TEXTUS.

De lite cum pupillo, vel adulto.

4. Item propter litem, quam cum pupillo, vel adulto tutor, vel curator habet, excusari non potest, nisi forte de omnibus bonis, vel hereditate controversia sit (3).

COMMENTARIUS.

I *Justa causa excusationis* non est, quod litem aliquam cum pupillo tutor habeat; sed si iudicio agendum sit, quia

(3) *D. l. 2.*

tutor in rem suam auctor fieri non potest, curator interim ad hoc pupillo datur, qui iudicio peracto curator esse desinit, §. ult. de auct. tut. At si de omnibus bonis, plurimave eorum parte, aut de hereditate lis sit, æquum est, excusationem tutoris recipi, l. 20. & l. seq. hoc tit. Imo utile pupillo, etiam nolentem se excusare, a tutela removeri, d. l. 20. Non tamen in quavis disceptatione hereditatis simpliciter, & sine cognitione causæ recepta fuisse videtur tutoris excusatio, arg. l. 16. C. eod. (1).

TEXTUS.

De tribus tutelæ, & curæ oneribus.

5. Item tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ, præstant vacationem, quandiu administrantur: ut tamen plurimum pupillorum tutela, vel cura eorundem honorum veluti fratrum, pro una computetur (2).

COMMENTARIUS.

Nemo ita onerandus est alienis negotiis, ut sua ipsius negligere cogatur; ipsorumque pupillorum interest, tutorem non nimis multis negotiis implicari. Quamobrem placuit, tria onera tutelarum, vel tria onera curationum, vel tria onera permixtarum tutelarum & curationum quartæ tutelæ curationisve excusationem præbere, l. 2. §. ult.

(1) D. l. 2. tit. 17. P. 6.

& l. seq. hoc tit. l. unic. C. qui num. tut. Sufficere item visum est, tria ejusmodi onera esse in una domo; hoc est, unam familiam tria onera tutelarum aut curationum sustinere: ac proinde, & tutelarum numerum, quas pater gerit, filio, & quas filius gerit, patri, & quas frater, fratri, qui in ejusdem patris potestate est, ad excusationem prodesse, l. 4. §. ult. eod. modo tutelæ, quas filii administrant, spectent ad periculum patris, l. 5. eod.

2. Non affectatæ] Tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt, l. 15. §. 15. eod. d. l. un. qui num. tut. Itaque sive quis lucrum captans ultro se tutelæ obtulit, sive tenuem suscepit, ut numerum trium expleret, a quarta non excusabitur, d. §. 15.

3. Quandiu administrantur] Id enim maxime consideratur, in tantum, ut si aut priorum pupillorum ætas prope pubertatem sit, aut eorum, quorum ad tutelam nunc primum tutor vocatur, excusatio non detur, l. 17. hoc tit.

4. Pro una computetur] Tria onera non ex numero pupillorum aut adolescentum computantur, sed ex diversitate patrimoniorum, rationumque & conficiendarum & reddendarum difficultate: nam si tres sint fratres consortes, hoc est, qui indivisum patrimonium habent, pro una tutela est: si tres dissortes, tres sunt tutelæ, l. 3. l. 31. §. ult. hoc tit. Idemque est & in aliis sive cognatis sive extraneis consortibus aut dissortibus, d. §. ult. Sed & contra, aliquan-

(2) D. l. 2.

quando unius pupilli tutela ob eandem causam ad excusationem sufficere debet: si nimirum tam diffusa, negotiosa & molesta sit, ut pro pluribus cedat, d. §. ult. cujus rei disquisitio fere est in arbitrio Prætoris tutelarum, ut ex eodem loco intelligitur.

TEXTUS.

De paupertate.

6. Sed & propter paupertatem excusationem tribui, tam Divi Fratres, quam per se Divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere (1).

COMMENTARIUS.

DESUMPTUS hic locus est ex l. 7. & l. 40. hoc tit. Est autem hæc excusatio ex iis quoque, quarum receptio, aut repudiatio pendet a Magistratu, cujus de ea re cognitio est. Nam qui hac excusatione utitur, docere debet, se imparem esse oneri injuncto, hoc est, tam tenuis & nullius fortunæ, ut vix sibi quærere possit vitæ necessaria: quod Judicem æstimare oportet.

I Divi Fratres] Marcus Antoninus Philosophus, & Ælius Verus, T. Antonini Pii filii, Hadriani nepotes, qui primi duo Augusti appellati, & fastis consularibus sic scripti sunt, auctore Spartiano in *Ælio Vero*, cap. 1. Appellantur & fratres Imperatores, l. 33. de pen. l. 38. §. 4. ad leg. Jul. de adult. vid. Ant. Augustin. lib.

(1) D. l. 2. tit. 17. P. 6.

sing. de excus. ad §. 18. l. 6. hoc tit. & Cujac. *ibid.* Obiter addo, Divos a Jurisconsultis appellari Imperatores, quia post obitum in deos relati erant ea solemnitate, quam scribit Herodian. lib. 3. postquam & templa iis constituit, ac sacerdotes & sodales creati, & ludi fieri, omnesque divini honores decerni solebant, ut ex Tacito, Tranquillo, Spartiano, Capitolino, aliisque id genus Auctoribus discimus.

TEXTUS.

De adversa valetudine.

7. Item propter adversam valetudinem, propter quam ne suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet (2).

COMMENTARIUS.

ET hæc causa ex earum genere est, quæ cognitionem Magistratus desiderant: neque enim quæcumque valetudo excusat, sed ea, quæ impedimento est, quominus quis suis rebus superesse possit, l. 10. in fin. l. pen. §. ult. hoc tit. l. unic. C. qui morb.

TEXTUS.

De imperitia litterarum.

8. Similiter eos, qui litteras nesciunt, esse excusandos, D. Pius rescripsit; quamvis & imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.

(2) D. l. 2.

COMMENTARIUS.

I Litteras pro eruditione aut humanitate nunquam accipi, notum est. Proprie tamen litterarum elementa significant, ut in *l. 11. §. 3. de instit. act.* & alibi *passim*; hocque sensu eas Justinianus capit. Unde dum dicit excusandos esse, qui litteras nesciunt, earumve imperiti sunt, de illis exaudiendus est, qui neque scribere, neque legere sciunt (1).

2 Hæc autem excusatio, etiam ut duæ superiores, ex earum genere est, quæ arbitrariæ dicuntur, utpote ab arbitrio Magistratus pendentes, qui eas, causa cognita, vel rejicit vel admittit. Itaque si tutela diffusior est & negotiosior, quam ut ab imperito litterarum administrari possit, excusatio admitteretur: nam ut memoriæ omnia credat, ab eo exigi non oportet, nec ut aliena opera utatur; quamvis ad res alias gerendas fuerit idoneus. At si tutela non sit magni patrimonii, atque alias satis expedita, cui gerendæ quilibet non hebeti ingenio sufficiat; nulla erit ratio, cur imperitus litterarum excusetur, si non expers negotiorum sit. Ita cape Paulum, dum in *l. 6. §. ult. hoc tit.* ait, imperitos non excusari.

TEXTUS.

De inimicitia patris.

9. Item si propter inimicitias

(1) *D. l. 2. tit. 17. P. 6.*

aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum præstat ei excusationem; sicut per contrarium non excusatur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant.

COMMENTARIUS.

I Propter inimicitias] Quo molestiam exhibeat inimico, id est, ut subjiciatur litibus, & negotiis, *d. l. 6. §. 17. hoc tit.* nam si testator bona mente eum tutorem dedit, cui inimicus antea infensusque fuit; hoc ipso videtur facta gratiæ reconciliatio. Dicam plura *infra §. 11.*

2 Non excusantur] Qui patri pupillorum tutorem se futurum promisit, nulla excusatione gaudet, quamvis alias excusare se jure possit, quasi excusationibus renuntiasset videatur, qui ita fidem suam obligavit, *l. 15. §. 1. hoc tit. l. 29. de test. tut.*

TEXTUS.

De ignorantia testatoris.

10. Non esse autem admittendam excusationem ejus, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, Divi Iulii rescripserunt.

Textus hic clarus est.

TEXTUS.

De inimicitias cum patre pupilli, vel adulti.

11. Inimicitias, quas quis cum

pa-

patre pupillorum, vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenierit, a tutela, vel cura solent excusare (1).

troversiam a patre pupillorum passus est, excusatur a tutela (4).

COMMENTARIUS.

I Nunc de inimicitias paulo pluribus, & distinctius agamus. Ait, *inimicitias capitales, quas quis cum patre pupillorum exercuit, nisi intervenierit reconciliatio, solere excusare.* Inimicitias capitales intelligo quasunque graviore: Quæ vel vitam, vel libertatem, vel existimationem petunt, arg. *l. licet capitales 103. de verb. sign. (2).* Ait, *cum patre pupillorum.* Idem est, si pupillis ipsis vel adultis inimicus sit, *l. 3. §. 12. de susp. tut.* Ait, *nec reconciliatio intervenierit.* Reconciliatio aut aperte intervenit, ut si post ortas inimicitias in gratiam redierint; aut tacite, si eum, cui pater juste infensus antea erat, postea testamento suo tutorem scripserit: nam si hoc bono animo fecerit, non ut litibus eum implicaret, injuriam ei hoc ipso remisisse videtur, *l. 6. §. 17. hoc tit. (3).* Ait, *solent excusare;* & merito: nisi enim hujusmodi tutores & curatores ultro se excusent, inviti remonentur, *d. l. 3. §. 12. de susp. tut.*

TEXTUS.

De status controversia a patre pupilli illata.

12. Item is, qui status con-

Tom. I.

(1) *D. l. 2. tit. 17. P. 6.*

(2) *D. l. 2.*

(3) *Arg. l. 22. tit. 9. P. 7.*

COMMENTARIUS.

I Si tutor status controversiam a patre pupillorum passus sit, id est, si eum pater in servitutem petierit, hoc pariter interdum, ac si capitis accusasset, *l. 14. ff. de bon. libert.* Is etiam excusatur a tutela, qui talem controversiam movet pupillo, serio & bona fide, non dedita opera, ne tutelam subeat, & calumniæ causa, quod ex rescripto Marci & Veri (ita legendum esse textus Græcus ostendit) proponitur in *l. 6. §. 18. hoc tit.*

TEXTUS.

De ætate.

13. Item major septuaginta annis a tutela & cura se potest excusare. Minores autem vigin- tiquinque annis olim quidem excusabantur: nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare; adeo ut nec excusatione opus sit (5). Quæ constitutione casetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus; cum sit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

T

COM-

(4) *D. l. 2. tit. 17. P. 6. in fin. l. 1. cod.*

(5) *L. 2. in fin. l. 4. tit. 16. P. 6.*

COMMENTARIUS.

I Senes æque ac Magistratus veteres reverentia sunt, *l. 5. de jur. immuni.* quæ reverentia consistebat in assurgendo, in loco dando ac cedendo, domo deducendo ac reduciendo, *Juvenalis satyr. 13. vers. 54.*

*Credabant hoc grande nefas, & morte piamdum,
Si juvenis vetulo non assurrexerat.*

Add. *Valer. lib. 2. cap. 1. Cicer. 1. offic. cap. 34. Gell. lib. 2. cap. 15.* Fuit etiam venerabilis senectus excusatione honorum, & vacatione munerum personali.

2 *Major septuaginta annis*] In immunitatibus ceptus annus pro completo non habetur: quamobrem ad vacationem tutelæ non sufficit ingressum esse aut agere annum septuagesimum, sed egressum esse oportet, *l. 2. hoc tit. l. 3. de jur. immuni. (1).*

3 *Nostra autem constitutione*] Constitutio Justiniani in *l. ult. C. de leg. tut.* quæ hic laudatur, loquitur duntaxat de tutoribus legitimis atque dativis. Quare poterunt etiam post illam minores viginti quinque annis testamento tutores dari, eo effectu quem vidimus in §. 2. *qui testam. tutor. dar. poss.*

4, Quod attinet ad HISPANIAM, revise in *cod. §. 2. qui test. tut. dar. pos.*

(1) *D. l. 2. tit. 17. Part. 6. in fin.*

TEXTUS.

De militia.

14. *Idem & in milite observandum est, ut nec volens ad tutelæ onus admittatur (2).*

COMMENTARIUS.

I Milites armatæ militiæ ad instar minorum, non volentes quidem ad tutelam aut curam gerendam admittuntur, *l. 4. C. qui dar. tut. l. 8. C. de legat. ne videlicet propter privata negotia a numeris & signis avocentur: quam ob causam nec procuratores esse possunt, l. 8. §. 2. de procur. (3), nec aliena prædia conducere, l. 31. Cod. de loc. & cond. Quatenus veterani, hoc est, qui militia honeste dimissi, & sacramento soluti sunt, vacationem tutelarum habeant, copiose disputatur *l. 8. & 1. seqq. hoc tit.**

2 Episcopi, & Monachi seu Regulares prohibentur quoque tutores & curatores esse, eadem pene ratione, qua milites prohibitos esse vidimus: Presbyteris vero, Diaconis, & Subdiaconis sæcularibus permittitur, tutelam & curationem legitimam jure cognitionis ipsis delatam suscipere: ita tamen ut intra quatuor menses, ex quo vocati sint, id est, vocatos esse cognoverint, apud Judicem competentem declarent, se propria voluntate tutelæ administrationem suscipere, *nov. 123. cap. 5. unde desumpta est auth.*

Pres-

(2) *L. 3. tit. 17. P. 6.*

(3) *L. 6. tit. 5. P. 3.*

Presbyteros *legi 52. C. de Episc. & Cler. subjecta (1).*

TEXTUS.

De Grammaticis, Rhetoribus, & Medicis.

15. *Item Romæ Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria sua has artes exercent, & intra numerum sunt, a tutela & cura habent vacationem.*

COMMENTARIUS.

I Studiorum liberalium professores, Grammatici, Sophistæ, Rhetores, qui publice juventuti prosunt, item Medici, quemadmodum a reliquis muneribus, ita & a tutela & cura vacationem habent, *l. 6. §. 1. hoc tit. & tit. C. de profess. & Med. lib. 10.* Legum vero Doctores non habebant, exceptis iis, qui Romæ docent, *d. l. 6. §. 12. Ceterum ex constitutione Constantini omnes habent, l. 6. C. de profess. & Med.*

2 *Qui in patria sua*] Professores, & Medici ita demum hac immunitate gaudent, si in patria sua doceant, aut medentur; non in aliena. Est autem duplex patria: una propria sive originalis; altera communis, quæ est Romæ, *l. Romæ 33. ad municip.* Quamobrem qui Romæ docent, etiamsi Romani non sint, immunitatem habent, *l. 9. de vic. mun. sive salariarii sint, sive non sint, l. 6. §. Romæ 11. hoc tit.* Atque hæc

est conditio ad obtinendam immunitatem necessaria, *d. l. 6. §. 9.*

3 *Intra numerum sunt*] Conditio altera; non aliter enim hac immunitate fruuntur magistri studiorum, quam si probati decreto ordinis, & numero constituto adscripti sint, *d. l. 6. §. 4. l. 5. 7. & 8. C. de profess.* Certus enim numerus eorum, qui vacationem haberent, in unaquaque civitate lege definitus erat, *d. l. 6. §. 2. quem numerum excedere non licebat, d. l. 6. §. 3. nisi quis propter excellentiam præstantiamque doctrinæ immunitate supra numerum donaretur, d. l. 6. §. 10.* Est & tertia conditio hic ommissa, ut bene & sedulo suo munere fungantur, soque adolescentibus utiles præbeant: alioqui denuo ab ordine reprobari possunt, *d. l. 6. §. 6. l. 2. l. 8. C. de profess. l. 11. §. 3. de mun. & hon.* Colligunt hinc DD. studiosos, qui graviter litteris non incumbunt, oriamsi in catalogum relati sint, privilegiis scholarum gaudere non oportere: cessante scilicet ratione inductiva privilegiorum.

4, IN HISPANIA legum Doctores non aliter excusationem habent, quam si Judices sint, vel Consilarii Regii, *l. 3. tit. 17. P. 6.* ut in hoc deterioris conditionis sint, quam Grammatici, & ceteri, de quibus in *foxtu, Lopez glos. 6. d. l. 3.* Et fortasse quia hinc magis aptiores sunt omnibus. In aliis vero, plurimis gaudent privilegiis, *l. 8. tit. fin. P. 2.* Grammatici autem, Rhetores, Philosophi, &

T 2

(1) *L. 14. tit. 16. P. 6.*

Medici excusantur, quamvis non in patria, sed alibi, jussu tamen Regis, doceant aut medeantur, *d. l. 3.* Et insuper prætereunda non est excusatio Romanis ignota, quam *l. 3. tit. 17. lib. 6. Recop. num. 4.* probat conceditque eis qui duodecim equas haberint foeturæ causa. *Lex autem 21. tit. 14. eod.* irrita declarat omnia rescripta plebejis concessa ut a tutela & cura immunes sint: addita ratione, quia Regis servitio, aliorumque utilitati præjudicant. Assentiri autem non possum doctrinæ traditæ ab Asso, & de Manuel in *suis Instit. lib. 1. cap. 4. vers.* Se escusan, *laudatam* nimirum *legem 21.* ademisse plebejis excusationes recensitas in §§. 5. 6. 7. & 13. *hoc tit.* probatasque in *l. 2. tit. 17. P. 6.* ob onus scilicet trium tutelarum, paupertatem, imperitiam, & ætatem majorem 70. annis: quia has & cæteras *legibus nostris* concessas, expresse probat, *ibi*: No aque-
 los, que los derechos y leyes de nuestros Reynos escusan de tales cargos y oficios.

TEXTUS.

De tempore, & modo proponendi excusationes.

16. Qui autem se vult excusare, si plures habeat excusationes, & de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora constituta non prohibetur. Qui autem excusare se voluit,

(1) *L. 4. tit. 17. P. 6.*

non appellant; sed intra quinquaginta dies continuos, ex quo cognoverint se tutores vel curatores datos, se excusare debent, cujuscunque generis sint, id est, qualitercunque dati fuerint tutores; si intra centesimum lapidem sint ab eo loco, ubi tutores dati sunt (1). Si vero ultra centesimum lapidem habitant, dnumeratione facta viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum (2): qui tamen, ut *Scaevola dicebat*, sic debent computari, ne minus sint quam quinquaginta dies.

COMMENTARIUS.

I *Aliis uti non prohibetur*] Ex Marciano *l. 21. §. 1. eod.* Est enim excusatio species quædam exceptionis; nemo autem prohibetur pluribus exceptionibus uti, *l. 8. de exceptionib. l. 43. de div. reg. jur.* Sed an qui plures excusationes habet, eas omnes simul proponere & contestari debeat, quaeritur: & putat *Gloss.* hoc necesse non esse. Sed verius est, omnes initio contestari oportere, ne alioqui tutor negotii trahendi causa novas postea excogitet: & est textus in *l. 13. §. 8. hoc tit.* Omnibus autem propositis, vel unam probare sufficit ad victoriam.

2 *Non appellant*] Hoc enim *D. Marcus* effecit. Nam cum antea non minus a delatione tutelæ, quam alterius muneris appellaretur, *Marcus Antoninus* tutelam a cæteris muneribus ita secrevit,

(2) *D. l. 4. tit. 17. P. 6.*

ut tutor datus non amplius recta a datione provocaret; sed si quas se habere putaret justas excusationis causas, eas intra præstituta tempora proponeret, quas si *Judex* rejecisset, tum demum licentiam appellandi haberet (1): qui vero ad alia munera vocarentur, illi non aliter quam olim, hoc est, quam appellatione interposita, allegare possint causas immunitatis suæ, *l. 1. §. 1. & 2. quando appell.* (2). Igitur loci, in quibus tutores dati provocasse proponuntur, ut in *l. 4. hoc tit.* aliisque *ll.* illi non sic accipiendi sunt, quasi ab ipsa creatione appellarentur, sed a rejectione excusationis intra præstitutum tempus allegatæ.

3 Neque obstat quod *Modest.* scribit in *l. 16. hoc tit.* tutores etiam citra appellationem se excusare posse: aut quod idem *Modest.* ait *l. 13. eod.* & *Impp. l. 18. C. eod.* tutores datos non necesse habere, appellationem interponere, quasi, si velint, adhuc provocare possint. Nam hujusmodi collectiones ut semper necessariæ non sunt, ita hæc minime hoc loco admittenda: Tutores necesse non habent appellare; ergo, si velint, possunt. Necesse enim non habent, ut olim ante constitutionem *D. Marci*; nunc ne possunt quidem, & frustra ante propositam & repulsam excusationis causam appellant, *d. l. 1. §. 1. quand. appel.* Qui locus tam clarus est, distin-

(1) *L. 8. tit. 23. P. 3. vers.* Mas si fuesso.(2) *D. l. 8. in prin.*

guens hac in parte tutelam ab aliis muneribus publicis, ad que vocatus contra privilegium illico appellat, ut ex eo alii loci omnes sint declarandi.

4 *Ex quo cognoverint*] Quinquaginta dies continui excusationibus profitendis constituti tutoribus & curatoribus non cedunt ex quo dati sunt, sed ex quo cognoverint, se tutores aut curatores datos esse, *d. l. 13. §. 9. l. 6. C. eod. l. 3. de verb. sign.* (3). Atque ex eo tempore si cessent, suo periculo cessant, *l. 1. §. 1. de adm. tut.* ut tamen iis ignoscatur, quæ valetudine, aut vi tempestatis, a liave simili causa impediti, constituto tempore non venerint, *d. l. 13. §. si enim 7.* Porro nec antea quam a die cognitionis cedere existimo quatuor illos menses disceptando & finiendo excusationis negotio constitutos (4): ne alioqui contingat, ut prius finiatur tempus excusationis, quam incipiat; quod perquam esset absurdum. Nec est contrarium quod *Paulus* in *d. l. 38.* menses illos ex die nominationis numerat. Nam *Paulo eo loco* idem est dies nominationis, & cognitionis, quippe qui solum excludere vult tempus, quo allegata sit excusatio; quasi dicat, quatuor illos menses non currere a die propositæ excusationis, quod videri poterat, sed a die nominationis, cognitæ scilicet, non factæ, *Ant. Fab. 1. jurispr. hoc tit. pr. x. illat. 7.*

5 *Intra centesimum lapidem*] Ad

(3) *L. 4. tit. 17. P. 6.*(4) *L. 4. tit. 17. P. 6.*

Ad professionem excusationis 50. dies dantur, si is, qui tutor datus est, sit in eadem civitate, vel intra centesimum lapidem: si ultra sit, ad veniendum dantur singuli dies in singula 20. millia, & præterea 30. dies (1); ita ut computatis itineris diebus, & illis triginta, tutor non pauciores habeat, quam quinquaginta; quod latius prosequitur Modestinus, d. l. 13. §. 1. & seqq. Obiter addo, lapidem pro milliario, sive mille passibus accipi: quæ appellatio inde manavit, quod singula milliaria positus singulis lapidibus, sive columnis lapideis spatiorum signa inscripta habentibus Tib. Gracchus, auctore Plutarcho in *Graccho* pagin. 838, distinxerat. Initium autem & finem omnes viæ Italiæ capiebant ab aurata illa columna, quæ Romæ in capite fori ad ædem Saturni posita erat, nimirum ab aureo illo urbis milliario monumentis veterum tantopere nobilitato. Adiri ea de re debet Bergerius *de viis militaribus*, ubi hæc & alia plena manu seruntur.

TEXTUS.

De excusatione pro parte patrimonii.

17. Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.

COMMENTARIUS.

A. Arbitror cum D. Hoto-mano & Wesemb. text.

(1) D. l. 4. vers. E el Juez.

hunc mutilum esse, & deceptum ex Marciano l. 21. §. 2. hoc tit. Hoc autem indicare velle Justinianum, tutorem, qui pro parte bonorum se excusat, audiendum non esse; quippe qui non parti bonorum, sed universo patrimonio datus intelligatur: cujus regulæ exceptio traditur d. l. 21, nisi se excuset, ne ultra centesimum lapidem in aliena provincia tutelam gerat.

TEXTUS.

De excusationibus propriis curatorum. De tutelæ gestione.

18. Qui tutelam alienius gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur; in tantum, ut licet paterfamilias, qui testamento tutorem dedit, a tæcerit se eundem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, Divi Severus & Antoninus rescripserunt (2).

COMMENTARIUS.

I. Quæ præcedunt causæ excusationum, tutelæ cum curatione communes sunt: sequuntur duæ propriæ curationis, quarum una proponitur hic, altera §. seq. 2. Curator ejusdem fieri non compellitur.] Romanis ad excusationem curationis adulti satis visum est, ejusdem pupilli tutelam gessisse, l. 20. C. hoc tit. Quasi nimis durum sit, gemino unius personæ onere premi. Excipiunt

(2) L. 3. tit. 17. P. 6. (1)

veteres ob beneficium libertatis acceptæ libertum, quem patronus liberis suis tutorem & curatorem dedit, l. 5. C. eod.

TEXTUS.

De marito.

19. Idem rescripserunt, maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.

COMMENTARIUS.

I. Altera causa excusationis marito uxori suæ, puta minori 25. annis, aut mente captæ curatore dato.

2. Excusare se posse.] Sæpe nostri verbo excusandi abutuntur, eosque etiam excusari ajunt, qui tutores aut curatores esse non possunt; ut cum dicunt, inimicitias capitales præstare excusationem curationis, §. 11. supr. l. 6. §. 17. eod. patrum cum pupillo de hereditate contendentis excusationem recipiendam, l. 20. eod. luminibus captum, mutum, surdum, furiosum excusationem habere, l. un. C. qui morb. Quos omnes tamen certum est, tutelam gerere non posse, l. 3. §. 12. de susp. tut. l. licet 17. C. hoc tit. cujus eadem effectu species est cum ea, quæ hic proponitur: nihil enim refert, uxori maritus, an socer nurui curator detur. Hoc autem loco Justinianum verbo excusandi abusum esse, constat ex l. 2. C. qui datur. item ex l. 14. de cur. fur. quæ

aperte negant, maritum uxori curatorem creari posse. Quæ ideo moneo, ne quis putet in arbitrio mariti positum esse, aut se excusare, aut ommissa excusatione curam uxoris suscipere: & in universum, ne quis credat, certum esse argumentum tutoris jure dñi, quod excusationem habere dicatur.

3. Licet se immisceat.] Qui excusare se potest, is si neglecta excusatione se miscuerit administrationi, postea se excusare volens, non auditur, quasi juri suo tacite renuntiaverit, l. 17. §. 5. hoc tit. l. 2. C. si tut. fals. alleg. sed hoc locum habet in iis, qui tutores aut curatores recte dati sunt, quorum etiam propria est excusatio: nam qui tutores aut curatores esse non possunt, etiamsi se immiscuerint, excusantur, aut remouentur, l. 20. hoc tit.

4. IN HISPANIA doctrina hujus §. stabilita fuit l. 3. tit. 17. P. 6. Cæterum lege recentiore, quæ est l. 14. tit. 1. lib. 5. Recop. marito, qui 18. annum attingerit, conceditur administratio & bonorum suorum, & eorum, quæ uxoris sunt, & quidem quin necesse habeat veniam ætatis impetrare, quod favore matrimonii lex constituit.

TEXTUS.

De falsis allegationibus.

20. Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ maritum, non est liberatus onere tutelæ.

COMMENTARIUS.

I **D**ECRETUM, quo tutor falsis allegationibus usus, absolutus est, ipso jure nullum est, neque eum periculo tutelæ tenet, l. 1. l. ult. C. si tut. fals.

alleg. quod favore pupillorum ita constitutum esse, credendum est. Nam regulariter sententia ex falsis allegationibus lata ipso jure non est nulla: sed adversus eam, si provocatum non sit, petenda est restitutio, arg. l. 33. de re jud. & tot. tit. C. si ex fals. instr. (1).

TITULUS VIGESIMUSSEXTUS.

DE SUSPECTIS TUTOR. VEL CURATORIBUS.

D. Lib. 26. Tit. 10. Cod. Lib. 5. Tit. 43. (2).

I **E**X tribus, quæ ad tutores & curatores communiter attinentia Justinianus tractanda suscepit, duo exposita sunt, satisfactio, & excusatio: superest tertium & ultimum, suspecti tutoris vel curatoris accusatio & remotio; quod hoc postremo hujus libri titulo nunc explicat.

cero scribit 3. de offic. cap. 15. *Dolum malum etiam legibus fuisse vindicatum, ut tutelam XII. Tabul.* Crimen autem hoc loco, & apud Ulpianum pro criminatione sive accusatione poni, certum est: neque insolens est ista hujus verbi significatio; sic enim accipitur in l. 7. de accus. l. 5. de calum. & apud Ciceronem pro Rosc. Amer. *Tria sunt*, inquit, quantum existimare possum, quæ obstant hoc tempore Sexto Roscio; crimen adversariorum, & audasia, & potentia.

TEXTUS.

Unde suspecti crimen descendat.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege XII. Tabularum descendere.

COMMENTARIUS.

I **S**uspecti crimen ex lege] Ex Ulp. l. 1. §. 2. hoc tit. Eoque pertinere creditur quod Ci-

(1) L. 1. & 2. tit. 26. P. 3.

I. **D**atum autem est jus removendi tutores suspectos Romæ Prætori; & in provinciis Præsidiibus earum, & Legato Proconsulis.

(2) Tit. 18. P. 6.

COM-

COMMENTARIUS.

I **D**atum est] Hoc non ita accipiendum est, quasi jus de suspectis tutoribus cognoscendi, eosque removendi, speciali aliqua lege aut senatusconsulto Prætoribus aut Præsidiibus datum sit; quemadmodum cum dicimus, jus dandi tutores alicui datum esse, hoc sic accipimus, datum esse nominatim, aut a Præcipe, vel lege, vel Senatu, l. 1. l. 3. de tut. & cur. dat. l. 6. §. 2. de tutel. sed jus hoc removendi tutores Prætoribus & Præsidiibus more concedi propter vim imperii, hoc est, iis competere vi & potestate magistratus sui sive jurisdictionis. Etenim longe alia ratio est tutoris dandi, alia removendi. Datio tutoris jurisdictionis non est, qua de causa nec mandari potest, d. l. 6. §. 2. l. 8. de tut. & cur. dat. Cognitio de suspectis & remotio jurisdictionis est, eaque sive in specie, sive in genere mandata, in eum cui mandata est, transit, l. 4. in pr. de offic. ejus cui mand. l. 1. §. 4. hoc tit. Rursus jus dandi tutores etiam Magistratibus municipalibus certa lege concessum est, l. 3. de tut. & cur. dat. §. 4. & 5. supra de Atil. tut. At de suspecto cognoscere soli possunt Magistratus majores, l. 1. §. 11. ad SC. Turpil. (1).

TEXTUS.

Qui suspecti fieri possunt.

2. Ostendimus, qui possint de

(1) L. 2. in fin. tit. 18. P. 6.

suspecto cognoscere; nunc videamus, qui suspecti fieri possint. Et possunt quidem omnes tutores fieri suspecti, sive sint testamentarii, sive non sint, sed alterius generis tutores. Quare etsi legitimus fuerit tutor, accusari poterit (2). Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum esse, licet ut suspectus remotus fuerit.

COMMENTARIUS.

I **Q**uare etsi legitimus] Indicare videtur, facilius tutores testamentarios & dativos, ut suspectos accusari & removeri posse, quam legitimos, eosve, qui vinculo necessitudinis aut affinitatis pupillo conjuncti sunt: quibus potius curator adjungendus est, quam ut notata fide atque existimatione removeantur, l. 9. eod.

2. **Famæ patroni parcendum]** Quod de patrono hic dicitur, idem vel magis ad parentem pertinet: & fortassis ne postulari quidem suspectus parens potuit, sed simpliciter curator ei adjungendus fuit. Illud constat, Ciberto & filio semper honestam & sanctam personam patris & patroni videri debere, l. 9. de obs. par. & patron. Atque hinc esse, quod nullæ actiones famosæ, ac ne illæ quidem, quæ fraudis vel deli ullam mentionem habent, adversus parentes patronosve institui possunt; sed ex quibus causis actio in alios famosa datur, ex iisdem adversus

V

(2) D. l. 2. tit. 18. P. 6.

illos in factum detur, omnia doli mentione; l. 11. §. 1. de dol. l. 2. l. 5. §. 1. d. tit. de obs. par. & patr.

TEXTUS.

Qui possunt suspectos postulare.

3. Consequens est ut videamus, qui possint suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est, omnibus patere. Quinimo mulieres admittuntur ex rescripto Divorum Severi, & Antonini; sed hæc solæ, quæ pietatis necessitudine ductæ ad hoc procedunt: utputa mater, nutrix quoque, & avia: potest & soror. Sed & si qua alia mulier fuerit, quam Prætor propensa pietate intellexerit, sexus verècundiam non egredientem, sed pietate productam non sustinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem (1).

COMMENTARIUS.

I Descripta hæc sunt ex Ulp. l. 1. §. 6. hoc tit. Ait, quasi publicam: quæ nota est improprietatis. Revera enim hæc accusatio publica non est. Nam sive finem ejus spectes, non persequitur injuriam Reip. illatam, sed pupillo; sive formam & executionem, non extra ordinem a Præfecto urbis aut Præsidiibus de hoc crimine quaeritur, ut de cri-

(1) D. l. 2.

(2) L. 26. tit. 1. P. 7. vers. E si por su.

minibus publicis, l. 8. de publ. jud. l. 1. §. ult. de pæn. sed ut de re pecuniaria in privatis judiciis a Prætoribus vel Præsidiibus, iisve quibus ab his mandata est jurisdictio, arg. l. ult. de priv. del. Adhæc, qui publico judicio aliquem reum facit, is subscribere in crimen, quod intendit, debet, l. 3. §. 2. de accus. (2) & desistens ab accusatione incidit in senatusconsultum Turpillianum: quorum neutrum est in postulatione suspecti, d. l. ult. de priv. del. l. 1. §. 11. ad Turpil. Cur igitur hæc accusatio dicitur publica? Nimirum quia publicæ similis est in eo, quod omnibus patet: quod publicarum proprium est, §. 1. inf. de pub. judic. Cui addi & alterum potest, quia & nullo accusante ipse Magistratus ex officio manifeste suspectum repellere potest, d. l. 3. §. 4. hoc tit. (3).

2. Mulieres admittuntur] Contra morem judiciorum. Et notandum est, quod ad hanc accusationem admittantur non eæ tantum mulieres, quæ pupillo necessitudinis aliquo vinculo junguntur; verum etiam quævis aliæ, quas modo commendat pietas & verecundia (4): ut intelligamus, majorem esse suspecti tutoris accusandi licentiam, quam criminis publici iudicii intendandi: quippe cum mulieri permissum non sit publico judicio quenquam reum facere, præterquam si suam, aut suorum injuriam persequatur, l. 1. & l. 2. de accus. l. 12. C. qui accus. non

(3) L. 3. tit. 18. P. 6.

(4) L. 2. tit. 18. P. 6.

non poss. (1). In tantum pupillorum gratia a consuetudine judiciorum deflexum est. Athenis quoque publica erat hæc actio, Jul. Poll. 8. cap. 6. quod ex Platonis lege descendit, lib. 11. de leg.

TEXTUS.

An pubes, vel impubes.

4. Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare; puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere; & ita Divi Severus, & Antoninus rescripserunt (2).

COMMENTARIUS.

I Hæc eadem traduntur in l. 7. hoc tit. l. 6.

C. eod. Ait, impuberes non possunt &c. In postulandis suspectis tutoribus principaliter perpendendum est, an quid segniter, aut fraudulenter gerant, l. 5. C. eod. in quo cum animi iudicio opus sit, mirum non est, impuberes ad hanc accusationem non admitti, ut culpent mores tutoris sui, a quo ipsi regi debent. Sufficit, hanc accusationem omnibus patere, ipsumque adeo Prætorem per se tutorem repellere posse, l. 3. §. 1. in fin. & §. 4. eod.

2. Puberes autem curatores suos] In rebus, quæ privati iudicii questionem habent, sicut pupillus auctore tutore, ita & adultus curatore consentiente li-

(1) L. 2. tit. 1. P. 7.

(2) D. l. 2. tit. 18. P. 6. vers.

tem intendere, & excipere debet, l. 2. C. qui leg. pers. Publica accusatio pupillis omnino non patet, l. 8. de accus. nisi quod eis speciatim concessum est, ut de consilio tutorum mortem patris exequantur, l. 2. §. 1. d. tit. Puberes vero, etsi & ipsi regulariter publico iudicio accusare non possunt, l. 4. C. de auct. præst. possunt tamen curatore auctore, si suam suorumve injuriam persequantur, l. 15. §. 6. ad leg. Jul. de adult. l. 7. C. eod. Gloss. in d. l. 4. C. de auct. præst. Quapropter si in hoc quoque accusacionem suspecti similem esse volumus accusacioni publicæ, videri poterit, nihil esse in proposito speciale: quia suam injuriam minor persequitur, qui curatorem suum suspectum facit.

3. Ex consilio necessariorum] Quorum in ea re prescriptum minor sequitur: quod si illi nolint in accusationem consentire, Judicis a minore aditi officium erit videre, ne quid detrimenti minor capiat, arg. l. 22. §. 6. solut. matr.

TEXTUS.

Qui dicatur suspectus.

5. Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit, ut Julianus quoque scripsit. Sed & antequam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus scripsit: & secundum eum constitutum est (3).

N. 2. COM-
Pero el mozo.

(3) L. 1. tit. 18. P. 6. (1)

COMMENTARIUS.

I **H**oc text. in genere docet Imp. quis sit suspectus, & unde talis esse deprehendatur. Ait, suspectum esse: *Qui non ex fide tutelam gerit: quod sic accipiemus: non tantum si fraudulenter & callide in rebus pupilli versetur, siue quæstus aut commodi causa res administret; sed etiam si negligenter aut segniter, neque ea integritate & sollicitudine, qua oportet, l. 3. §. ult. hoc tit. l. 5. C. eod.* Nec tutori quicquam prodest, quod solvendo sit, quod satisfecerit, vel nunc offerat: non enim ex patrimonio principaliter, sed ex moribus suspectus æstimandus est, l. 5. l. 6. eod. d. l. 5. C. eod. §. ult. *infr. eod.* & pupillo semper utilius est sic ei prospici, ut ab initio nullum damnum sentiat, quam ut postea laboret de consequenda indemnitate, arg. l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. non est nec. quod Papinianus noster sic expressit: *Expediit pupillo rem suam salvam habere, quam tabulas rem salvam fore cautionis, d. l. 5. eod.*

2 **A**ntequam tutelam gerere incipiat] Puta si vel satisfacere nolit, l. 1. l. 3. C. de tut. qui sat. non ded. vel contumax sit, l. 3. C. hoc tit. vel si ob ignaviam aut negligentiam non gesserit, aut dolo fecerit, quominus gereret, l. 4. §. ult. eod. & generaliter, si qua justa causa sit, ob quam videatur rejiciendus, arg. l. 3. §. 12. eod.

(1) L. 4. tit. 18. P. 6.

TEXTUS.

De effectu remotiois.

6. *Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non æque (1).*

COMMENTARIUS.

I **A**ccusationis finis est remotio. Cæterum pro qualitate causæ & admissi, alii simpliciter removentur, alii cum nota infamæ, alii etiam aliter, & nonnunquam gravius puniuntur. Qui salva, aut notata existimatione removeantur, ostenditur hoc text. Propriæ pœnæ adversus quos constitutæ sint, §. 9. & 2. seqq. *infr. eod.*

2 **S**i ob culpam] Culpæ nomine non intelligit hic Imp. culpam latam, sed leviolem: siquidem lata culpa, præterquam in crimine corporalem pœnam ingerente, l. 7. ad leg. Corn. de sicar. semper dolum interpretatione juris repræsentat, l. 216. de verbor. sign. l. 32. dep. etiam in famosis, l. 11. §. ult. de his qui notant. infam. ut late ostendimus *infr. lib. 3. tit. 15. §. 2.* ubi & quid sit dolum, quid culpa, quot & quæ hujus species, accurate exponimus. Quod vero famæ & existimationis periculum exæquant cum periculo vitæ, ineptum esse apparet ex l. 28. de pen. Sane causa famosa aliquando confertur cum capitali, ut in l. 9. de manum. vind. l. 8. §. 2. quod met. ca. Sed satis constat id fieri respectu ali-

CU-

ejus rei: in d. l. 9. intuitu causæ manumissionis apud consilium allegandæ & probandæ; in d. l. 8. §. 2. ratione metus in bonis viris, quibus major debet esse metus amittendæ famæ, quam mortis metus, ut ait Paulus d. l. 8. §. 2.

3 **C**oncludimus igitur, tutorem remotum infamem fieri, non solum si ob fraudem remotus sit, quod in tutela grassatus fuerit, aut sordide egerit vel perniciose pupillo, aut aliquid interceperit ex rebus pupillaribus, l. 3. §. 5. hoc tit. verum etiam si ob latam negligentiam, puta quod in suis diligens, in rebus pupillaribus supine & dissolute negligens sit. Illud constat, causam remotiois decreto exprimentam esse, ut appareat de existimatione; nam si causam remotiois non significaverit decreto suo Prætor, fama remoti non læditur, l. 4. §. 1. & 2. eod.

TEXTUS.

De effectu accusationis.

7. *Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finitur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est (1).*

COMMENTARIUS.

I **P**endente causa cognitionis, interdicitur tutori administratio, atque alius interea in locum ejus in administratione rerum ordinatur, l. 7. C. hoc tit. ipsaque adeo postulatio-

(1) L. 3. tit. 18. P. 6.

ne suspecti etiam citra decretum id effici videretur, l. 14. §. 1. *in fin. de solut.* Et recte: nam ut suspectum non convictum, in totum remove iniquum est; ita eum, qui in suspicionem lite instituta vocatus est, perseverare in administratione non expedit. Ajo, *lite instituta*: neque enim protinus allegata causa suspitionis tutori interim auferenda administratio; sed ita demum, si concurrant aliqua indicia, super quibus tutor auditus sit, & litem contestatus: quod & DD. plerique tradiderunt, & probat Anton. Fab. C. suo *desin. 2. de suspect. tut.*

TEXTUS.

Quibus modis cognitio finitur.

8. *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor, vel curator decesserit, extinguatur suspecti cognitio.*

COMMENTARIUS.

I **I**n hac postulatione nihil petitur, quod pupillo ex bonis tutoris adjudicetur; sed hoc tantum, ut tutor removeatur a tutela: quo remoto, si quid damni ex mala ejus administratione pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, cui ut locus fiat, actio suspecti instituitur: quoniam durante tutela agi tutelæ non potest, l. 4. de tut. & rat. distr. Quibus consequens est,

est,

est, finita quomodocunque tutela, solvi cognitionem suspecti, quamvis pridem receptam, l. pen. C. hoc tit. l. i. C. eod.

TEXTUS.

Si tutor copiam sui non faciat.

9. Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola Divorum Severi, & Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; & quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.

COMMENTARIUS.

Quia alimenta pupillo non temere decernenda sunt, sed causa cognita; quam rem Prætor pro modo facultatum pupilli, quas tutor ex vero profiteri jubetur, moderari, & expedire debet, l. 3. ubi pup. educ. ideo adversus tutorem, qui, ne alimenta pupillo decernantur, sui copiam non facit, propria poena constituta est; ut nempe pupillus in possessionem bonorum tutoris mittatur: & quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi jubentur: Quod si hoc remedio, & edictis evocatus tutor vinoi & adigi non possit, ut ventat, sui que copiam faciat; tunc non tantum quasi contumacem, sed etiam ut suspectum remove-

(1) L. i. tit. 18. P. 6. in fin.

ri cum oportet (1), quod tamen & perraro, & diligenti habita inquisitione faciendum esse, monet Ulp. l. 7. §. pen. & ult. hoc tit. Atque hic quoque sensus est hujus loci, & l. 3. §. 14. eod.

TEXTUS.

Si neget alimenta decerni posse, vel tutelam redemerit.

10. Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum ad Præfectum urbi puniendum, placuit: sicut ille remittitur, qui data pecunia ministerium tutelæ acqulsterit, vel redemerit (2).

De liberto fraudulentè administrante.

11. Libertus quoque, si fraudulentè tutelam filiorum, vel nepotum patroni gessisse probetur, ad Præfectum urbi remittitur puniendus.

Hæ duo §§. clari sunt.

TEXTUS.

Si suspectus satis offerat, & quis dicatur suspectus.

12. Novissime autem sciendum est, eos, qui fraudulentè tutelam administrant, etiam

(2) D. l. i. in fin. tit. 18. P. 6.

satis offerant, removendos esse a tutela: quia satisfactio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. Suspectum etiam eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Enimvero tutor vel curator, quamvis pauper sit, fidelis tamen, & diligens, removendus non est quasi suspectus (1).

COMMENTARIUS.

Etiam si satis offerant] De eo dictum sub §. 5. supra eod. Ut autem neque divitiæ, neque satisfactio tutorem a suspitione liberant; ita nec ex adverso eum onerat paupertas. Nam etsi pauperi, qui se imparem oneri imposito docere possit, vacatio tribui solet, §. 6. tit. præc. aut qui propter inopiam

satisfare non potest, removendus est, l. 2. C. de tut. qui satis non dec. nunquam tamen paupertatis occasione suspectus postulari, eove nomine removeri debet vir alioqui fidelis, & diligens. Ex moribus enim, non ex facultatibus suspectum argui convenit, l. 8. hoc tit. l. 5. C. eod. l. i. §. 1. de reb. auct. judic. poss.

2. IN HISPANIA consentur, in l. i. tit. 18. P. 6. in fine sequentes suspitionis causæ ob quas tutor a tutela removendus est: si alterius tutelam male gessit: si pupilli vel ejus cognatorum inimicus est: si coram Judice negat alimenta pupillo decerni posse, & mendacii convincatur: si inventarium bonorum pupilli non fecerit: si pupillum vel ejusdem bona in judicio non defendit: & si se tutorem esse, sciens, copiam sui non facit, seu latitat.

(1) D. l. i. tit. 18. P. 6.

INSTITUTIONUM
 ROMANO-HISPANARUM
 LIBER II.

TITULUS PRIMUS.

DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO
 IPSARUM DOMINIO.

D. Lib. I. Tit. 8. & Lib. 41. Tit. I. (I).

Cognita hominum qualitate & differentia, expositoque eo jure, quod cuique pro conditione personæ suæ competit; quod ex tribus, circa quæ jus omne versatur, primum est: transit Imperator ad alterum atque huic proximum, res externas; ut quod lex methodi exigit, eo ordine singula explicet, quo ea proposita sunt. §. ult. *supr. de jur. nat. gent.* Habet autem hic titulus duplicem inscriptionem: *De rerum divisione: & de acquirendo ipsarum dominio.* Nimirum quæ duobus distinctis titulis in *Pand.* tractata sunt, ea in unum huc retulit Justinianus. Et quia in rebus, tantum ejusque est, quantum natura earum & condi-

tio patitur; primo variè eas dividit, ut differentia earum cognita, jus, quod in iis habemus (quæ consideratione rerum tractatio propria est Jurisconsulti), melius intelligatur. Deinde proponit & persequitur modos, quibus res, quæ singulis acquiri possunt, singulis acquirantur, initio facto a rebus domini nostri aut similis in rem juris. Postremo tractat de obligationibus: idque demum *tit. 14. lib. 3.*

TEXTUS.

Continuatio, & duplex rerum divisio.

Superiore libro de jure personarum exposuimus: modo videamus de rebus, quæ vel in nostra

(1) *Tit. 28. P. 3.*

stro patrimonio, vel extra patrimonio nostrum habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pluraque singulorum; quæ ex variis causis cuique acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit (1).

COMMENTARIUS.

I. *DE rebus*] Quid rei appellatione, quæ alioquin generalis est, hic significetur, docet nos objectorum juris distinctio; nempe quicquid est extra personam & actiones, quod homini usui, aut commodo esse possit, sive id divini juris sit, sive humani, sive publici, sive privati, sive corporale, sive incorporale, sive dominium, aut jus aliquod in rem a dominio diversum aut separatum, sive obligatio: nam & ea, ut res in bonis nostris, huc pertinet; quod pluribus ostendemus sub *tit. de oblig. lib. 3. in rubr.*

2. *Vel in nostro patrimonio, vel extra*] *Patrimonii* nomine proprie significari videtur ea pecunia, quam liberi ex hereditate paterna accipiunt: cæterum consuetudine loquendi obtinuit, ut eo verbo intelligantur omnia, quæ quisque paterfamilias habet. Igitur in patrimonio esse, & in bonis esse, idem valent. Sunt quibus hæc divisio manca videtur, quasi constitui debeat & tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint, cujus generis *Tom. I.*

(1) *L. 2. d. tit. 28. P. 3.*

neris res, auctore Paulo, *l. 1. de usu, & usuf. & red. & hab.* sint servitutes. Quo quidem ego nunquam quicquam audiui subtilius. Non erit in bonis nostris ea res, quæ bona nostra & patrimonium auget, *l. 5. §. 9. de op. nov. nunt.* quæ pro debito pignori mihi obligata est, juxta *l. 12. de pign.* quæ domino prædii dominantis magni sæpe constitit, & quam prædii servientis dominus magni, velit redimere; cujus denique persequendæ & tuendæ causa actio aliaque remedia jure prodita sunt? *l. 2. de acquir. rer. dom. l. 49. de verb. sign. junct. §. 2. infr. de act. l. 6. §. 1. & ult. si serv. vind.* Cur igitur actione Pauliana revocantur servitutes per fraudem non utendo amissæ, *l. 3. & 4. quæ in fraud. cred.* cum id edictum ad eos tantum pertineat, qui patrimonium suum in fraudem creditorum diminuunt? *l. 6. eod.* Aut cur magis res cæteras incorporales in bonis esse dicimus, quam servitutes? Veterum sane nemo est, cui hoc in mentem venerit, ut diceret, servitutem alicui constitutam & quæsitam non esse in bonis ejus, cui constituta & quæsitata sit: neque etiam Paulo, qui in *d. l. 1.* non disputat de jure alicui constituto, sed de jure alicui constituto: cujus tamen disputatio posita est in mera subtilitate. Legavit aliquis usum aut usumfructum itineris per fundum suum. Negat Paulus id legatum subsistere, quia ratio juris non patitur, ut servitus servitutis constituitur. Quæ autem addit, id

X

jus

jus neque esse ex bonis, neque extra bona, diverso sensu vera sunt. Primum si hoc jus consideremus formaliter & separatim a jure domini; quia nullus dominus jus habet a domini-jure separatim eundi per fundum suum. Quia vero cuique domino jus est per fundum suum eundi, jure sive causa domini, quod habet: hoc respectu verum quoque est secundum, hoc nempe jus non esse extra bona. Igitur jus, de quo in *d. l. 1.* si formaliter consideretur, non est in bonis, cum imaginarium quid sit; causative autem in bonis est.

3 *Quædam enim naturali jure communia*] Non est nova hæc divisio, sed prioris illius explicatio: quæ eo pertinet, ut intelligamus, ea, quæ singulorum sunt, in patrimonio haberi; quæ communia, publica, universitatis; & maxime quæ divini juris sunt, extra patrimonium esse. Aptior ad docendum nonnullis videtur divisio Caji *l. 1. hoc tit.* qui sic distinguit, ut dicat, rerum alias esse divini juris, alias humani. Divini juris quæ sunt, nullius in bonis esse; veluti res sacras, religiosas, sanctas. Res humani juris, aut publicas esse, quæ & ipsæ nullius in bonis sunt; aut privatas, quæ singulorum; una generali appellatione rerum publicarum completens, quæ *hic* in communes, publicas, & universitatis distinguuntur; sicuti alibi nomine communium publicæ continentur, *l. 2. hoc tit.* Huic autem divisioni mox aliam subjicit, quod quædam res

corporales sint, quædam incorporeales; quæ a Justin. demum traditur atque exponitur *tit. seq.* Sed alia subjici potest, quod quædam sint immobiles, quædam mobiles. 4 *Pleraque singulorum*] Hæc sunt, quæ privata dicuntur; nimirum res omnes, quæ in dominio nostro sunt aut quasi dominio, aliaque in rem jura a dominio separata; vel quæ adhuc nobis præstanda sunt ex obligatione. Unde non male nonnulli totius hujus argumenti tractationem ad duo potissimum capita referunt: quorum unum est de dominio, alterum de obligatione: *dominii* appellatione jus omne, quod in rem habemus, complectentes.

TEXTUS.

De aëre, aqua profluente, mari, & litore.

1. *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc: aër, aqua profluens, mare, & per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur: dum tamen a villis, & monumentis, & ædificiis absteineat, quia non sunt juris gentium, sicut est mare* (1).

COMMENTARIUS.

1 **Q**uæ humani juris sunt, non privata aut singulorum propria, ea aut sunt omnium hominum communia, quæ absolute communia dicuntur, aut alicujus gentis sive populi, quæ in specie publica, aut certæ alicujus civitatis vel corporis, quæ dicuntur

tur

tur universitatis. Communia sunt: *Quæ a natura ad omnium usum prodita, in nullius adhuc ditio- nem aut dominium pervenerunt;* ita generali vocabulo definiuntur a Neratio *l. 14. hoc tit. de acq. rer. dom.* Huc pertinent præcipue aër & mare, quæ cum propter immensitatem, tum propter usum, quem in commune omnibus debent, jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo, ut ait Joann. Faber; adeoque nec dividi potuerunt. Atque hoc est quod DD. nostri ajunt, aërem & mare, cum sint incomprehensibilia, nullius populi bonis potuisse applicari, Grot. *de mar. lib. cap. 5.* Item aqua profluens, hoc est: *Aqua jugis, quæ vel ab imbribus collecta, vel e venis terra scaturiens perpetuum fluxum agit, flumenque aut rivum perennem facit.* Postremo propter mare etiam litora maris, *l. 2. §. 1. l. 4. hoc tit.*

2 In hisce rebus duo sunt, quæ jure naturali omnibus competunt. Primum communis omnium harum rerum usus, ad quem natura comparata sunt; tum si quid earum rerum per naturam occupari potest, id eatenus occupantis fit, quatenus ea occupatione usus ille promiscuus non læditur. De usu aëris constat, quippe sine quo ne vivere quidem aut respirare quisquam potest. Aqua profluens ad lavandum & potandum unicuique jure naturali concessa. Maris usus jure gentium liber est, atque ad navigandum & piscandum ex æquo omnibus pa-

ret, *l. 3. §. 1. ne quid in loc. pull.* Unde si quis prohibeatur in mari piscari aut navigare, injuriarum actione prohibentem convenire poterit, *l. 2. §. 9. d. tit. l. 13. §. ult. de injur.* Maris naturam litora sequuntur; ac proinde ad litus maris cuivis accedere licet, navem eo appellere ac reficere, ejecta in tempestate naufragiove amissa ibi excipere, retia siccare, & casam in quam tantisper se recipiat, ponere, *l. 4. hoc tit. l. 51. de contr. empt. l. 1. C. de naufr. lib. 11. (1).* Dum tamen a villis, ædificiis & monumentis in litore extractis absteineat, quia non sunt juris gentium, *d. l. 4. hoc tit.*

3 Est vero harum rerum usus adeo liber & promiscuus, ut barbarum semper atque immane habitum sit, vel exteras gentes ab eo arcere. Quamobrem merito de Pœnorum injuria sic queritur O-rator Ilioneus apud Virgil. *lib. 1. divini operis ver. 543. cum seqq.* *Quod genus hoc hominum, quæve hunc tam barbara morem Permittit patria? Hospitio prohibemur arena: Bella cient, primaque vetant consistere terra.*

Idemque apud eundem *lib. 7. vers. 229.* his vocibus affatur Regem Latinum:

... *Litusque rogamus Innocuum, & cunctis undamque auramque patentem.*

Denique Latona apud Nasonem *lib. 6. metam. vers. 349.* sic alloquitur pueros Lyceos:

... *Quid prohibetis aquis? usus communis aquarum.*

X 2

Nec

(1) *L. 3. eod. tit. 28. P. 3.*(1) *L. 4. d. tit. 28. P. 3.*

*Nec solem proprium natura,
nec aëra fecit,
Nec tenues undas; ad publica
munera veni.*

Dicit, hæc non esse naturâ propria, sicut Ulpian. l. 13. *comm. præd.* natura omnibus patere, quia a natura ad communem usum genita sunt, nec in ullius adhuc dominium pervenerunt, Cicer. 1. *de offic. cap.* 6. Nerat. l. 14. *hoc tit.* Hæc igitur sunt illa, quæ veteres vocant communia omnium jure naturali, aut quod idem est, publica juris gentium, sicut & usum eorum modo communem, modo publicum vocant, l. *pen. hoc tit.* l. 3. §. 1. l. 4. *ne quid in loc. publ.* §. 5. *infr. hoc tit.* cum *similibus.*

4. Quamquam vero etiam ea nullius esse, quod ad proprietatem attinet, recte dicimus, multum tamen differunt ab his, quæ nullius sunt communi usui non attributa, ut feræ, pisces, aves; nam ista si quis occupet, in jus proprium transire possunt: illa vero totius humanitatis consensu proprietati in perpetuum excepta sunt propter usum, qui cum sit omnium, non magis omnibus ab uno eripi potest, quam a te mihi quod meum est. Et hoc est quod Cicero dicit, inter prima esse justitiæ munera, rebus communibus pro communibus uti. Scholastici dixerunt hæc quatuor, de quibus in *textu*, positive esse communia, alia negative, D. Thom. 1. 2. *quæst.* 94. *art.* 5. Covarr. in *cap. Peccatum de reg. jur. in 6. part.* 2. §. 8. Intellexit hoc convivator apud Athenæum, cum ma-

re commune esse dicit; pisces autem capientium fieri. Et in Plautina *Rudente act.* 4. *sc.* 3. *vers.* 36. Piscatori dicenti: *Mare quidem commune certo est omnibus*, assentit servus: addenti verò servo, *in mari inventum est, commune est*; recte Piscator occurrit: *Meum quod rete atque hami nacti sunt, meum potissimum est.*

5. Cæterum illa hic addenda interpretatio est, ut si quid harum rerum natura occupari possit, id eatenus occupantis fiat, quatenus ea occupatione usus publicus sive communis non impeditur. Quod merito receptum est: nam cum ita se res habet, cessat exceptio, per quam fit, ut in jus proprium non transeant. Aër occupari non potest, nisi simul terra occupetur: sed neque mare, nisi forte exigua sui portione, quæ in fundum privatum admittitur; quomodo accipienda l. 14. *de injur.* aut ædificando jactis in id pilis aut molibus; quod cum fit, locus & ædificium ejus fiunt, qui ædificavit, l. 2. §. 8. l. 3. §. 1. *ne quid in loc. publ.* In litore vacuum quisque locum occupare per naturam potest, eumque occupando etiam suum facit, ut & id, quod in eo extruxerit, l. 6. *pr. hoc tit. de rer. div. l. 14. l. 50. eod. de acq. rer. dom.* Et enim qui locus ita in mari aut litore occupatur, non simpliciter & absolute occupantis fit, sed duntaxat interea dum occupat, dum ædificium manet: nam ædificio sublato, locus in pristinam causam quasi jure postliminii rever-

titur, d. l. 6. & d. l. 14. §. 1. (1). Sed neque simpliciter hæc occupatio & ædificatio concessa; verum, quod exigebat ipsa ratio juris gentium, cum hac conditione, si per eam publicus litoris aut maris usus non fiat deterior, d. l. 2. §. 8. l. 3. l. 4. *ne quid in loc. publ.* (2).

6. Neque jus gentium violari existimo, si hinc arceantur peregrini in litoribus, quæ populus aliquis imperio sibi vindicat: natura enim non ad hoc proprie litora produxit, ut cuilibet semper & promiscue jus esset; partem eorum occupare, sed ut necessario maris usui inservirent, qui est navigatio; idque significari opinor verbis & per hoc, quæ non frustra hic expressa sunt, & in l. 2. §. 1. *hoc tit.* ideoque etsi hic usus jure gentium semper communis manet & indivisus, sicut ipsius maris; jus tamen, quod dixi, in litore ædificandi, divisum jure gentium intelligi debet, quatenus litora imperio divisa, & publica facta sunt alicujus populi, arg. d. l. 3. *ne quid in loc. publ.* Ita Don. 4. *comm.* 2. & 9. Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 3. *n.* 9. Idem fuisse & eleganter *cap.* 5. *mar. lib.* Ant. Fab. in *Ration. ad l. 9. de leg. Rhod.*

7. Joannes vero Seldenus, vir sane non vulgari eruditione præditus, tractatum edidit inscriptum: *Mare clausum*, sive: *De dominio maris*; in quo summa ope ostendere conatur, mare ex jure naturæ, seu gentium non esse

commune, sed pariter domini privati seu proprietatis esse capax, ac tellurem. Cæterum hoc late plerique damnant, imperium quidem usurpari posse concedentes, sed sine jure proprietatis aut domini; tum quia natura mare commune esse jubet, non permittit tantum; tum quia ne domini quidem capax est, resistens occupationi & possessioni, unde dominia rerum cœperunt, l. 1. §. 1. *de adq. poss.* D. Grot. *d. cap.* 5. *mar. lib.* & d. *cap.* 13. *n.* 13. *de jur. bell.* Alb. Gentil. *de acq. mar.* D. Tuld. *hic cap.* 7.

8. Illud constat, non facere contra jus naturæ aut gentium, qui recepto in se onere tuendæ navigationis adversus piraticas excursiones, juvandæque per ignes nocturnos & brevium signa, vetigal æquum imposuerit: quale fuit Romanum vetigal Erythræum, de quo Strabo *lib.* 17. & quod in Ponto Byzantini exigebant; quodque jam olim Athenienses exegerant in Ponto eodem, memorante utrumque Polybio; Grot. *d. cap.* 3. *n.* 14. add. Cæpoll. *de serv. præd. rust. cap.* 26.

TEXTUS.

De fluminibus, & portibus.

2. *Flumina autem omnia, & portus publica sunt; ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu, fluminibusque* (3).

(1) L. 3. *tit.* 28. P. 3. *in fin.*
(2) L. 4. *eod. vers.* De mæpera.

(3) L. 6. *tit.* 28. P. 3. & ibi Greg. Lopez.

COMMENTARIUS.

I Secundum genus rerum, quæ privati juris non sunt, publicæ in specie dicuntur; quæ quamvis & ipsæ in nullius dominium pervenerunt, imperio tamen divisæ sunt, & ditio ac potestate factæ alicujus populi: Ajo, ditio ac potestate: nam quæ in populi sunt patrimonio, ut metalla, salinæ, silvæ, agri vêtigales &c. ea quidem etiam publica dicuntur propter personam possidentis; l. 17. de verb. sign. l. 14. hoc tit. de acq. rer. dom. sed quia usu & jure, quo habentur, privata sunt, l. 2. §. 4. ne quid in loc. publ. (1), ad institutum disputationem non pertinent. Hujus generis sunt flumina, portus, alveus fluminis, quandiu a flumine occupatur, & ex parte ripæ.

2. Flumina omnia] Scilicet perennia; nam torrentia, quæ hieme tantum fluunt, æstate solibus exsiccantur, publica non sunt, l. 1. §. 3. de flumin. ac ne flumina quidem proprie, ut recte D. Don. 4. comm. 3. contra Hotom. 8. obs. 4. Marcianus l. 4. hoc tit. cautè addidit vocabulum *perenne*; nempe ut torrentia excluderet.

3. Et portus] Portus est: *Locus in mari aut flumine conclusus ac munitus, quo importantur, & unde exportantur mercæ* (2); qua appellatione tamen continetur & statio, quæ est: *Locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tuto illic stare*

(1) L. 10. eod.

possint adversus injuriam prædonum ac tempestatum, l. portus 59. de verbor. sign. l. 1. §. 13. de flum. Veteribus proprie portus insulam notat, sive ædificium legitimo spatium atque ambitu a contiguis divisum, mercium importandarum & conservandarum causa, & per synecdochen quamvis insulam sive domum, quæ proprio ambitu constat, ut in illo XII. Tab. Cui testimonium defuerit, is tertius diebus ob portum obragulum ito. Vid. Fest. in vocibus, portus, & insula.

4. Jus piscandi omnibus commune] Ait, omnibus commune est: nempe omnibus iis, qui sunt ex populo, cujus fines flumen alluit, & quatenus alluit: ut in hoc distet hic usus ab earum rerum usu, quæ omnium hominum communes sunt; id quod ex præcedentibus satis colligi potest.

5. Notandum autem est discrimen fluminis, & aquæ fluentis, unde usus utriusque nascitur diversitas. Flumen est totum quid, unumque & idem corpus, quod mille abhinc annis fuit, arg. l. 76. de judic. denique sub imperio eorum est, quorum finibus continetur. At aqua fluminis numero eadem non est, sed alia atque alia: & cum in perpetuo cursu sit, non magis loco contineri, aut cujusquam potestati subijci potest, quam aër & mare, quandiu de medio cursu nihil de ea sumpseris. Hinc de usu judicandum. Flumine integrò utimur ad navigandum & piscandum, qui usus jure gentium di-

vi-

(2) L. 8. tit. 39. P. 7.

COMMENTARIUS.

visus est, quatenus flumina ipsa imperio divisa sunt, ac proinde non communis est omnium hominum, sed publicus eorum duntaxat, quorum finibus continetur. Aqua vero fluminis utimur ad lavandum, potandum, aquanda pecora: qui usus communis est jure naturali omnibus concessus.

TEXTUS.

Definitio litoris.

3. Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.

COMMENTARIUS.

I Ait hibernus, quia hieme maxime mare exæstuat. Igitur litus est: *Quatenus fluctus maris maximus excurrit* (1).

TEXTUS.

De usu, & proprietate riparum.

4. Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare: sed proprietates earum illorum est, quorum prædiis hærent: qua de causa arbores quoque in iisdem natæ eorundem sunt (2).

(1) L. 4. d. tit. 28. P. 3.

I Ripa est: *Id quod flumen continet, naturalem cursum sui rigorem tenens*: ita definitur ab Ulp. l. 1. §. 5. de flum. Ait, *cursum naturalem*, ne quis putet, si quando flumen imbribus vel nivibus auctum excreverit, ripas ideo mutare. Paulus ait, ripam esse: *Quæ plenissimum flumen continet*, l. 3. §. 1. d. tit. ut significet, partem ripæ non esse spatium illud ripæ proximum, quod aliquando flumine caloribus minuto, æstivo tempore non occupatur. Apparet autem ex sequentibus, ripam non tam anguste, ut nonnulli faciunt, accipiendam esse pro crepidine aut labro amnis, sive pro sola extremitate alvei & terræ, quæ flumen continet, cujus extremitatis vix est, ut ullus sit usus: sed aliquanto laxius pro spatio inter flumen & vicina prædia interjecto, ut ripa incipere intelligatur, ex quo a plano ad flumen vergit, d. l. 3. §. 2. de flum.

2. Usus publicus est jure gentium] Usus riparum ita publicus est, ut fluminis; quinimo ripæ usus nihil aliud est, quam ipsius fluminis, cum per ripam flumine utamur. Ideoque quæcunque sunt interdicta ad tuendum usum publicum fluminis, eadem sunt & conjunctim ad tuendum usum riparum, l. 1. & passim tit. de flum. & tit. ne quid in flum. publ. Ait jure gentium; quasi dicat: hunc usum atque hanc servitutem

ri-

(2) L. 6. cum seq. eod.

ripis a natura impositam esse, ut omnibus, quibus flumine uti jure gentium licet, etiam ripis ad eum usum uti liceat, cum nec flumine aliter uti commode possint.

3 *Proprietas illorum est, quorum prædiis hærent*] Hoc etiam diserte ait Cajus l. 5. *hoc tit.* itemque Pompon. ex sententia Celsi, l. 30. §. 1. *de acq. rer. dom.* Unde Neratius scribit, eum, qui in ripa fluminis ædificat, suum non facere, l. 15. *cod.* Quapropter quod Paulus ait, ripas fluminum publicas esse, l. 3. *de flum.* de usu, non de proprietate accipi debet. Nec enim audiendus est D. Hotomanus, qui Paulum a cæteris, & recte dissensisse putat. Nam quod ait, eodem jure partes fluminis singulas censei debere, quo totum flumen, quod ita publicum esse constat, ut nec proprietate cujusquam sit, error est; siquidem ripa pars fluminis non est, non magis quam continens contenti. Neque vero idem est ripa in flumine, quod litus in mari. Ripa flumini non subjicitur, ut litora subjiciuntur mari, & quotidianis accessibus ab eo occupantur. At, inquit, cujus juris est alveus, ejusdem & ripas esse necesse est: certum autem est alveum proprietate nullius esse, l. 1. §. 7. *de flum.* l. 7. §. 5. *de acq. rer. dom.* (1). At, inquam, ut diversa sit alvei, & riparum conditio, flumen facit, quod alveum occupat, ripas non item. Quid quod nec alveus simpliciter publicus est, ne tum quidem cum adhuc a flumine tene-

tur: sed quatenus flumen non obstat, adhuc pars censetur vicinorum agrorum; alioqui quo jure insula, manente adhuc alveo, in flumine nata vicinorum fieret? quod utique & ripæ proprietatem arguit vicinorum esse; qua de re amplius sub §. 22. & seq. *inf. eod.*

TEXTUS.

De usu & proprietate litorum.

5. *Litorum quoque usus publicus est, & juris gentium, sicut & ipsius maris: & ob id cuilibet liberum est, eas in ibi ponere, in quam se recipiat, sicut retia siccare, & ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse: sed ejusdem juris esse, cujus & mare, & quæ subjacet mari, terra, vel arena* (2).

COMMENTARIUS.

I **D**E litorum usu & proprietate jam intellectum est. Cæterum unum adhuc notandum, quod usum litorum dicit esse publicum & juris gentium; ut intelligas, usum litorum publicum esse eo jure, quod commune est omnibus gentibus; quo scilicet significato mare juris gentium esse, dicit Marcian. l. 4. *hoc tit.* & Justin. §. 1. *supr. eod.* atque in hoc differre ab usu riparum, qui publicus quidem est jure gentium, sed non juris gentium, hoc est, non communis omnium

ho-

hominum, sed eorum duntaxat, quibus eo flumine uti jure gentium licet: cujus usus exteros communionem non habere, antea demonstratum est.

2 *Ejusdem juris, cujus & mare*] Mare litora aliis usibus eripiendo sua fecit. Nam, ut ante quoque dictum est, litora mari subjiciuntur & quotidie ab eo occupantur. Occupatum autem jus & conditionem occupantis sequi, necesse est, l. *pen. hoc tit.* (1).

TEXTUS.

De rebus universitatis.

6. *Universitatis sunt, non singulorum, quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia, & his similia; & si qua alia sunt communia civitatum* (2).

COMMENTARIUS.

I **Q**UÆ hîc & apud Marcianum l. 6. §. 1. *cod.* dicuntur universitatis, alibi etiam publica generali nomine appellantur, ut in l. 6. *de contr. empt.* & §. 2. *infr. de inut. stip.* §. *ult. infr. de empt.* & *vend.* nimirum quia in publico civium usu habentur. Ea igitur, quæ in pecunia aut patrimonio civitatis sunt, quorum usus singulorum non est (3), huc non pertinent: quamvis & ipsa collata cum iis, quæ propria sunt singulorum, publica quoque dicantur, l. 7. §. 1. *quod cujusq. univ. nom.* l. 15. & seq. *de verb.*

Tom. I.

(1) *Arg. d. l. 31. tit. 28. P. 3.*
(2) *L. 9. cod.*

sign. Universitatis autem appellatio latior est, quam civitatis: nam & collegia, & societates, aliaque hujusmodi corpora continet, quibus permissum est ad exemplum Reipubl. habere res communes, arcam communem &c. l. 1. *quod cujusque univ.*

2 *Si qua alia communia civitatum*] Ut basilicæ, porticus, balnea, fora, prata, & pascua publica, in qua sc. pecudes immittere singulis civibus jus est. Communis autem harum rerum usus non latius patet, quam ut publicus sit eorum, qui sunt ejusdem civitatis aut corporis.

TEXTUS.

De rebus nullius.

7. *Nullius autem sunt res sacræ, & religiose, & sanctæ: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est* (4).

COMMENTARIUS.

I **Q**UÆ res divini juris sunt, per excellentiam dicuntur nullius esse, scilicet ex comparatione earum rerum, quæ cum & ipsæ nullius sint, usu tamen sunt singulorum, aut ita affectæ, ut in dominium singulis cedere possint. Hæntim & quæ humani juris sunt publica omnia, quæ non in pecunia populi, sed in usu publico habentur, comparata cum iis, quæ singulorum sunt, nullius in bonis esse dicuntur, l. 1. *hoc tit.*

Y

(3) *L. 10. cod.*
(4) *L. 12. cod.*

(1) *L. 31. d. tit. 28. P. 3.*(2) *L. 4. cod.*

tit. l. 6. de contr. empt. At in rebus divini juris hoc amplius est, quod ne usus quidem earum singulorum est. Feræ quoque bestiæ, volneres, pisces &c. nullius sunt, si comparentur cum iis, quæ quæque jam actu habet ac possidet: at ea conditione sunt & natura, ut acquiri possint, & cedant occupanti, §. 12. *infr. eod.* quod secus est in rebus divini juris. Etiam inter ea, quæ nullius sunt, Cajus *d. l. 1.* numerat res hereditarias nondum adita hereditate: quæ tamen effectu juris omni ex parte privatæ sunt, & hereditatis esse singuntur, quæ tantisper personæ vicem sustinet, *l. 34. l. 61. de acq. rer. dom.* Res igitur divini juris sunt: *Quæ hominum potestati & promiscuo usui exemptæ, quodammodo in solius Dei jure ac potestate habentur*, quarum tres species hîc proponuntur, sacræ, religiosæ, sanctæ, quæ singulis §§. exponuntur.

TEXTUS.

De rebus sacrâs.

8. *Sacræ res sunt, quæ rite per Pontifices Deo consecratæ sunt: veluti ædes sacræ, & donaria, quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt; quæ etiam per nostram constitutionem alienari & obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem, in quo ædes sacræ sunt ad-*

(1) *L. 13. d. tit. 28. P. 3.*

ficatæ, etiam diruto ædificio sacer adhuc manet, ut & Papinianus scripsit (1).

COMMENTARIUS.

I **R**erum divini juris diximus esse tria genera: eaque, ut re, ita etiam nominibus apud nostros distincta sunt, quæ distinctio etiam in *schedis Festi* reperitur. Alia est apud Macrobius 3. *Saturn.* 3. Plerique autem his nominibus indiscrete utuntur. Ait res sacras esse: *Quæ rite per Pontifices Deo consecratæ sunt.* Quæ definitio duo maxime complectitur, formam consecrandi, & personam consecrantis. Formam indicat particula *rite*, id est, solemniter, more & instituto majorum, publice, non privatim, *l. 6. §. 3. l. 9. pr. hoc tit.* Gall. Aelius apud Festum in voce *Sacer* Ovid. *1. fast. vers. 610.* *Templa Sacerdotum rite dicata manu.*

De ritu veteri consecrandi vid. Alex. ab Alexand. *6. gen. diæ. 14.* Connan. *3. comm. 1.* Personam consecrantis oportet rebus sacrâs præesse: quales apud Romanos erant Pontifices, ita dicti a ponte sublicio, quem, quod sacer æstimaretur, in aliqua parte labantem solis Pontificibus rescicere licebat, cæsa victima, & sacrificio perfecto. Reliquorum quoque sacrorum omnium curam atque potestatem penes collegium Pontificum fuisse constat: de quorum officio accurate scribit idem Alex. ab Alexand. *2. genial. 8.*

Quid

Quid Principes? Etiam eos curam sacrorum & religionum sibi sumpsisse, cum apud alios Auctores, tum apud nostros legimus, ut in *l. 8. de rel. & sumpt. fun. l. ult. ut in poss. leg.* & nominatim jus dedicandi seu consecrandi in *d. l. 9. hoc tit.* An quia & ipsi plerumque Pontifices? Id sane testatur historia, & Dio. *lib. 53.* expresse scribit, Principes inter alios titulos etiam Pontificis maximi dignitatem assumpsisse, ut omnes religiones & sacrificia in sua haberent manu. An vero hoc ideo dicitur, quia ut nonnulli volunt, sicut olim per legem Papiriam non licebat rem ullam injussu plebis consecrare, teste Cicer. *pro dom.* ita postea non licuit injussu Principis: ut Pontifex quidem consecraret & solemnia perageret, sed jussu & auctoritate Principis præcedente, maxime si locus publicus consecrandus foret? arg. *d. l. 9.*

2 Principes Christiani curam sacrorum Episcopis reliquerunt, aliosque ritus atque cæremonias sublatis gentilibus substituerunt, quas in dedicandis Monasteriis, Ecclesiis, domibus orationum observarent, vid. *nov. 67. & nov. 131. cap. 7. (1).* Luculentum dedicationis templi extat exemplum *3. Reg. 8.*

3 *Donaria*] Non solum ædes aut locus consecrari possunt, sed res etiam mobiles, ut ex memorato Galli Aëlli apud Festum loco apparet, & hîc significat Justinianus verbo *donaria*: quo cum

mobilia intelligere, puta vestes, vasa aliaque utensilia divinis usibus dicata atque consecrata ostendit *l. 22. Col. de sacros. Eccles.*

4 *Excepta causa redemptionis captivorum*] Item pauperum alendurum tempore famis, si ita premantur, ut vitæ eorum succurrendum sit, *d. l. 22.* Debitorum quoque Ecclesiæ causa, si creditores urgeant, nec aliunde debitum exsolvi possit, *authent. Præterea C. de sacros. Eccles. nov. 120. cap. 10. (2).*

5 *Si quis auctoritate sua*] Id est, non publice, sed privatim, *l. 6. §. 3. hoc tit.* Quæsierit aliquis, cum Romanis nihil sacrum fuerit, nisi quod publice consecratum; qui fiat, quod nihilominus eos sacra habuisse privata legimus? Cicer. *3. de legib. l. 1. de ritu nupt. l. 9. §. 1. ad leg. Jul. pec. Resp.* Distinctio illa non a forma dedicandi aut personis dedicantium, sed a fine sumpta est: quod privata pro salute familiæ, publica pro populo consecrabantur, vid. Rosin. *8. antiq. tit. 6.*

TEXTUS.

De religiosis.

9. *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum: In communem autem locum purum invito socio inferre non licet: in commune vero sepulchrum etiam invitis veteris licet inferre. Item si alienus ususfructus est,*

Y 2

vers. La primera.

(1) *D. l. 13. tit. 28. P. 3.*

(2) *L. 1. tit. 14. P. 1. a*

propriarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum consentiente domino licet inferre: & licet postea ratum non habuerit, quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.

COMMENTARIUS.

I *Religiosum*] Generali huius verbi appellatione etiam sacra contineri arguit notatio vocis *religio*, sive a relegendo deducas cum Cic. *de natur. Deor.* sive cum Servio Sulpicio, ut auctor est Macrobius 3. *satur.* 3. a relinquendo, sive a religando cum Lactantio 4. *instit.* 28. At hic & passim in libris nostris strictius accipitur, & locum notat: *Ubi mortuus sepultus aut humatus est*: quæ significatio & Festum Pompejum habet auctorem.

2 *Unusquisque sua voluntate*] Ad differentiam sacri. Locus sacer non fit, nisi publice per Pontificem sacretur: religiosus fit propria cujusque voluntate cadaver aut ossa inferentis in locum suum. Notandum hic in transcurso, antiquos privata sepulchra habuisse extra urbem in agris: nam in urbe mortuos sepelire lege vetitum erat, Cicero 2. *de leg. cap.* 23. l. 3. §. 5: *de sepulchr. viol.* idque aliis etiam populis in more positum fuit: qua de re consule Petr. Gregor. *lib.* 33. *syntagm. cap.* 33.

3 *Dum mortuum infert in locum suum*] His verbis docemur, duo esse necessaria, ut locus fiat

religiosus: ut in eum mortuus inferatur; ut inferatur a domino loci. Primo non consecratione aut verbis solemnibus locus religiosus efficitur, sed illatione mortui: unde sepulchrum ab Ulpiano definitur: *Ubi corpus os save hominis condita sunt*, l. 2. §. 5. *de relig.* Ac ne totus quidem locus, qui sepulturæ destinatus est, corpore condito religiosus fit, sed quatenus conditum aut humatum est, d. §. 5. cujus hic videtur sensus: non totum agrum, ubi conditum est cadaver, religiosum fieri, sed locum duntaxat certo spatio finitum, quem maceris includi consueverant, Brisson. *antiq. lib.* 3. *cap.* 15. & 16. Quam interpretationem ipsa necessitas defendit. Alias enim apud Romanos, qui fere corpora cremabant, urna vix minimam agri partem religiosam reddidisset.

4 Quia vero opus est, mortuum esse sepultum, Divi Fratres rescriperunt, mausoleum inane, sive monumentum perum memorie tantum causa factum, quod Suetonius *cap.* 1. *in Claud.* appellat *tumulum honorarium*, religiosum non esse, l. 7. *hoc tit.* l. 6. *in fin.* l. 42. *de relig.* licet contra senserit Marcianus, mortuus auctoritate Virgillii, ut ipse ait l. 6. *in fin.* *hoc tit.* Nec dubium, quin iis Poetæ versibus, quos ex *lib.* 3. *Aeneid. vers.* 303. citat D. Gothof. ubi de Andromache hæc ait Æneas:

... *Mænesque vocabat
Hætorcum ad tumulum, viridē
quem cæspite inanem;*

Et

*Et geminas, causam lacrymis,
sacraverat aras.*

Similis locus est ejusdem Poetæ *lib.* 6. *vers.* 505. ubi sic ad Deiphobum idem heros:

*Tunc egomet tumulum Rhæteo
in litore inanem*

*Constitui, & magna Manes ter
voce vocavi.*

Denique si ossa hominis aut corpus conditum duntaxat loco religionem afferunt, consequens est, ossibus aut reliquiis effossis & translatis, locum religione solvi, l. 44. §. 1. *de relig.* quanquam effodere vel eruere non licet sine decreto Pontificum aut jussu Principis, l. 8. *cod.*

5 Alteram obstringendum necessarium esse diximus, est, ut is mortuum inferat, qui est loci dominus: neque sufficit pro parte indivisa dominum esse, aut nudam loci proprietatem habere; sed necesse est, ut is, qui infert, dominus sit in solidum & pleno jure: ne domini, socii, fructuarii conditio sine facto eorum deterior fiat, re commercio exempta. Plane si proprietatis dominus testatorem intulerit, qui usumfructum legavit, cum in alium locum inferri tam opportune non posset, placet locum religiosum fieri, l. 17. *de usufr.* l. 2. §. 7. *de relig.*

6 *Licet postea ratum non habuerit*] Ita vulgo hic legitur, & apud Marcianum l. 6. §. 4. *hoc tit.* unde hæc transcripta sunt. Neque incommodum sensum habet hæc lectio: sufficit enim ab initio consensisse, cum quod semel pla-

cuit, postea displicere non possit, *cap. quod semel de reg. jur. in 6. l. 75. cod.* In *Paul.* autem *Florentinis* affirmative hic locus legitur: *Licet postea ratum habuerit*, nec minus recte; ut sit sensus: licet locus alienus in quem sine consensu domini mortuus illatus est, ab initio religiosus non sit, tamen si is postea consenserit, locum religiosum fieri; quod hæc sit natura ratihabitionis, ut mandato comparatur, l. 60. *de reg. jur. cap. ratihabitionem cod. in 6.*

7, IN HISPANIA quamvis doctrina hujus textus reperitur, statuta in l. 14. *tit.* 28. *P.* 3. ubi locus religiosus ille dicitur, in quo corpus vel caput hominis sepultum est; non alius tamen religiosus habetur, quam ab Episcopo consecratus aut benedictus; neque alibi fidelium corpora sepelire fas est; atque in hoc juris canonici præscripta sequimur. Vid. Torres §. 6. *de rer. div.* & Jordan de Asso in *suis Instit. lib.* 2. *tit.* 1. *cap.* 3.

TEXTUS.

De rebus sanctis.

10. *Sanctæ quoque res, veluti muri, & portæ civitatis, quodammodo divini juris sunt; & ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos, qui, aliquid in muros deliquerunt (1). Ideo & legum eas partes, quibus pœnis constitui-*

(1) L. 15. *tit.* 28. *P.* 3.

mus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.

COMMENTARIUS.

I Certum est, longe latius patere appellationem *sancti*, quam *hic* accipitur, idque vel ex Trebatio discere possumus, qui apud Macrobius 3. *satur.* 3. *Sanctum*, ait, *interdum idem esse quod sacrum, idemque quod religiosum; interdum aliud, nimirum quod venerabile, incorruptum, involatum est: quod & Macrobius confirmat adductis aliquot locis Virgillii. Proprie autem sanctum dicitur: Quod ab injuria hominum defensum atque munitum est, l. 8. hoc tit. Hinc Legati jure gentium sancti habentur, l. ult. de legation. item Reges, teste Cic. pro Rege Dejot. Jure Romanorum Tribuni plebis sacrosancti, Liv. lib. 2. cap. 33. Fest. in verb. sacrosanctum. Aut: Quod sanctione quadam confirmatum atque subnixum est. Hinc leges & rogationes dicuntur sanctæ, quod eas impune transgredi non licet. Hinc denique muri quoque sancti, quia speciali sanctione contra violentium audaciam muniti atque confirmati sint.*

2 Veluti muri, & portæ civitatis] l. 1. hoc tit. l. 2. ne quid in loc. sacr. It. muros quidem consentiunt omnes esse sanctos. Cæterum de portis dissentire videtur Plutarchus, qui muros sanctos esse scribit, portas non item, eo quod per eas cadavera essentur; aliæque immunda per eas importentur atque exportentur.

Sed hoc ille longe alio sensu quam nostri; nimirum jus pontificium ex libris ritualibus secutus. Quippe Romani in designanda urbe, adhibitis more Hetrusco certis sacris muros aratro circumducebant atque ambiabant: ubi vero portæ futuræ erant, id loci non sulcabant, ne quid religionis contraheret, sed aratrum suspendentes, portarum spatia relinquebant intacta. Consulatur Varro 4. de ling. cap. 32. Late Alexand. ab Alexand. 6. gen. 14. Alciat. l. 239. §. 6. de verb. sign. Hinc moenia jure pontificio sancta habebantur, portæ non item. At nostri portas ideo inter sancta numerant, quia eas non magis, quam muros violare fas est, aut aliquid in eas delinquere.

3 Quodammodo] Recte quodammodo. Neque enim proprie hæc res divini juris sunt, ut res sacræ & religiosæ; sed propter similitudinem, quam cum rebus sacris & religiosis habent, divini juris esse dicuntur, quia scilicet nec ipsæ cujusquam sunt aut proprietate, aut usu promiscuo. Fortassis tamen muri, quod auspicio & solemnî sacrificio signabantur, etiam proprie in rebus divini juris habiti sunt. Vid. Alciat. d. loc.

4 Quia parva capitis] Violare muros capitale est: sicuti si quis scalis admotis, aut qualibet alia ratione transceuderit. Nam cives Romanos alias quam per portas egredi non licet; cum illud hostile & abominandum sit: nam & Romuli frater occisus traditur, quod murum transcendere voluerit. Hoc Pomponius l. ult.

hoc

hoc tit. Marcus autem Tullius 3. de offic. cap. 10. scribit, speciem utilitatis eo animum impulisse Romuli, cui visum erat utilius, solum se, quam cum altero regnare: *Omisit hic*, inquit, *& pietatem, & humanitatem; & tamen muri causam opposuit, speciem honestatis neque probabilem, neque idoneam.*

TEXTUS.

De rebus singulorum.

II. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt. Quarundam enim rerum dominium nascimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarundam vero jure civili. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere. Palam est autem, vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilia autem jura tunc esse ceperunt, cum & civitates condi, & Magistratus creari, & leges scribi ceperunt.

COMMENTARIUS.

I Secunda pars hujus tituli, cui responderet titulus D. de acquir. rer. dom. Hucusque disputatum de differentia & jure earum rerum, quæ extra patrimonium sunt. Sequitur nunc alterum rerum genus, earum videlicet, quæ sunt in patrimonio: quæ ob id etiam privatæ dicuntur & singulorum propriæ. Hæc res varie distingui item possunt. Nam pri-

mo quædam sunt universales, quæ vel rationem totius habent, ut hereditas, universum alicujus patrimonium; vel generis, ut fundus, homo, vestis: quædam singulares, ut hic fundus, hic homo, hæc vestis. Quædam item corporales sunt, quædam incorporales; de quibus tit. seq. Corporalium iterum quædam mobiles aut se moventes, quædam immobiles, l. 93. de verbor. sign. Duo vero præcipue hic nobis spectanda: id quod in hisce rebus singulorum est, ejusque acquisitio. Quod singuli in his rebus habent, id vel est jus in rem, vel jus ad rem. Jura in rem sunt hæc: dominium (tum plenum, tum minus plenum, quod quasi dominium, & dominium utile vocant; qualia sunt jus emphyteuticum & superficium), usufructus, jura prædiorum, jus possessionis, pignus sive hypotheca. Jus ad rem est, quod uno nomine dicitur obligatio sive creditum.

2 Quod ad acquisitionem attingit, ea quoque non est unius modi: aliter enim dominium & jura illa in rem a dominio separata acquiruntur; aliter obligatio sive creditum, sicut ex progressu apparebit: in quo si forte methodi leges non satis accurate Compositores observaverint, id non tam in iis reprehendendum, quam sæculo condonandum est. De modis acquirendi domini, ut præcipui & summi in rebus juris, initium faciunt. Dominium est: Jus de re pro arbitrato statuendi, nisi specialiter obstat lex, conventio, aut testatoris volun-

tas. Hoc idem jus a re quæsitâ proprietatis dicitur, l. 13. hoc tit. de acquir. rer. domin. quæquam proprietatis vocabulo sæpe in jure nostro nuda proprietatis significatur, a qua scilicet ususfructus separatus est, ut passim in tit. de usufr. quod & in voce domini contingit, l. 6. §. ult. C. de bon. quæ lib. & videtur, veteres dominium proprie de re corporali dixisse, arg. tit. Pand. de acq. rer. domin. & tit. Pand. & C. de rei vind. ut tamen interdum largius eandem vocem acceperint de omni jure, quo res aliqua nostra est, ut in l. 17. quib. mod. us. am. l. 10. §. 3. hoc tit. l. 3. si usufr. pet. quo loco & possessio de re incorporali simpliciter prædicatur, quam tamen propriam esse constat rerum corporalium (1).

3 Multis modis] Privata nuda sunt naturâ, ait M. Cicero lib. 1. de offic. cap. 6. sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt.

Nam propriæ telluris herum natura nec illum,

Nec me, nec quenquam statuit. ut Horatius lib. 2. sat. 2. vers. 129. seq. Modi acquirendi multi sunt, & varii, tum jure gentium, tum jure civili: qui tamen ad paucos memoriæ causa commode revocari possunt, & mea quidem sententia qui ex jure gentium sunt, commodissime ad duos. Quicquid enim jure gentium nobis acquiritur, id vel factis nostris seu occupatione acquirimus; vel vi & potestate rei nostræ. Occupationis e-

(1) L. 1. tit. 30. P. 3.

nim species sunt non tantum venatio, aucupium, piscatio; sed etiam specificatio, inventio & apprehensio rerum, quæ nullius sunt quæve dominum habere desierunt, quæ ex hostibus capiuntur, postremo etiam, quæ transferuntur voluntate domini; quæ omnia suis locis demonstrabimus. Vis ac potestas rei nostræ duplex est; ut quicquid ex re nostra nascitur, nostrum sit, ut quæcunque rei nostræ accedunt, rem nostram ejusque conditionem sequantur: quorum alterum generali nomine foerura appellari potest, alterum accessio.

4 Vel aliter recte dixeris unum acquirendi modum derivativum esse; cæteros originarios. Derivativus dicitur ille: Per quem res acquirimus ex voluntate & facto alterius, qualis est sola traditio. Originarii sunt: Per quos dominium acquirimus, quin necessarium sit factum vel voluntas alterius, quales sunt occupatio, fetura, accessio. Ad hos modos reliqui omnes commode referuntur.

5 Quod appellatur jus gentium] Quod ait Justinianus, hoc jus cum ipso genere humano proditum esse; id de jure gentium primævo recte dicitur, de secundario non item: ex quo tamen sunt nonnulli acquirendi modi, de quibus hoc titulo agitur. Respexit fortassis Imperator formas rerum acquirendarum præcipuas, quæ ex jure illo antiquo originem habent. Cæterum & de jure gentium secundario, eoque

quod

quod pro certo rerum statu naturale est, hæc accipienda.

TEXTUS.

De occupatione ferarum.

12. Feræ igitur bestia, & volucres, & pisces, & omnia animalia, quæ mari, cælo, & terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur: nec interest feras bestias, & volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno (1). Plane qui alienum fundum ingreditur venandi, aut aucupandi gratia, potest a domino, si is præviderit, prohiberi ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coercetur. Cum vero tuam evaserit custodiam, & in libertatem naturalem sese receperit, tuum esse desinit, & rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persequutio (2).

COMMENTARIUS.

I Ex modis rerum jure gentium acquirendarum primus & præcipuus est occupatio: quæ quam late pateat ex iis, quæ paulo ante dicta sunt, intelligi potest. Hoc loco, & quatuor

(1) L. 17. d. tit. 28. P. 3.

§§. seqq. descriptis ex l. 3. & l. 5. eod. agitur de ea occupatione, quæ ferarum est, & venatio in genere appellatur: cujus species sunt, venatio quadrupedum, aucupium, piscatio. Igitur feræ bestia, quadrupedes, volucres, pisces, simul atque ab aliquo captæ, hoc est, apprehensæ & in manum ac potestatem alicujus redactæ sunt, jure gentium statim illius esse incipiunt. Estque hoc genus acquisitionis longe antiquissimum, ipsaque adeo lege creationis concessum, c. 1. Gen. & Psalm. 8. Quæ & Stoicorum sententia est, teste Cic. 1. de offic. cap. 6. & Aristotele 1. Pol. 4. cum ajunt, omnia quæ in terris gignuntur, ad usum hominum naturam creasse.

2 Feræ] Ferum est: Quicquid a cicure discretum est: nam feras generali nomine appellamus: Omnia animalia, quibus a natura vis infinita insita est libere vagandi in terra, mari, aère; unde feras a ferendo dictas volunt, quod naturali suo impetu ferantur, vel quod e conspectu hominum se auferant in solitudines. Neque excludimus, quæ hominum commercio mansuefacta sunt. Nam utrum ferum sit animal, an mansuetum, ex natura æstimandum est, non ex assuefactione, §. 15. inf. eod. Cæterum quæ hoc §. traduntur, ad occupationem earum ferarum pertinent duntaxat, quæ vel a nullo adhuc occupatæ sunt, vel occupatæ, naturalis suæ libertatis iterum factæ sunt compotes.

Z

(2) L. 19. eod.

Cæ-

3 *Cælo*] Cælum pro aëre, atque ita etiam sacri scriptores accipiunt, *Matth. cap. 6. v. 26.*

4 *Quod ante nullius est*] Modo ita affectum sit, ut alicujus esse possit: nam res, quæ commercio hominum exemptæ sunt, ut res divini juris & publicæ, satis constat, ad hanc regulam non pertinere, quamvis & ipsæ nullius sint: nec item res hereditarias, quas, quando hereditas adita non est, inter res nullius numerat *Cajus in l. 1. de rer. div.* nam hereditas interim pro domino est, *l. 31. §. 1. de hered. instit.* Simile axiomati proposito est illud *Quintiliani declam. 13. Quod omnibus nascitur, industriæ præmium est*, *Plaut. in Rudent. act. 4. sc. 3.*

Meum, quod rete, atque hami nacti sunt.

5 *Nec interest, utrum in suo fundo*] Amplificatio regulæ positæ; nimirum etiam in fundo alieno capta capientium fieri; cujus amplificationis ratio non est obscura. Nam quocumque loco feræ sunt, dummodo sint in naturali libertate, nullius sunt, & consequenter transeunt in jus occupantis.

6 *Potest a domino prohiberi*] Quid si nihilominus ingressus sit, & feram ceperit? Vulgo placet, adhuc eam occupantis fieri, & recte: nam id superiori regulæ omnino consequens est. Non obstat, quod in prædio alieno domino invito venari non licet, *l. 16. de sero. rust. præd.* nam prohibitio ista conditionem animalis mutare non potest, neque

efficere, ut id, quod captum est, fiat prohibentis: alioqui non nondam prohibentis actionem injuriarum pareret, *l. 13. §. ult. de injur.* sed rei vindicationem, & conditionem furtivam.

7 *Eousque tuum esse intelligitur &c.*] Alia superioris propositionis amplificatio, videlicet eam etiam procedere, etsi fera jam ante capta sit ab aliquo, si ea in naturalem libertatem postea se receperit. Nam quod venando per occupationem acquisitum est, id non diutius nostrum manere, quam quando in potestate nostra & custodia sit: ubi vero evaserit custodiam nostram, & in laxitatem naturalem se receperit, desinere nostrum esse, & rursus fieri occupantis, *l. 3. §. 2. eod.* Quod ut singulare notandum est in dominio ferarum: nam aliarum rerum dominium etiam amissa possessione retinetur.

8, *IN HISPANIA* feræ in fundo alieno captæ, ingressum seu venationem domino prohibente, non sunt capientis, sed domini fundi, *l. 17. tit. 28. P. 3. unde in apibus idem obtinet, l. 22. eod. & ibi Greg. Lop. gloss. 3.* Verba autem *ad. II.* adeo clara sunt, ut non facile admittant interpretationem in contrarium adductam a *D. Covarr. in cap. Peccatum de reg. jur. in 6. p. 2. §. 8. m. 5. & 9.*

TEXTUS.

De vulneratione.

13. *Illud quæsitum est, an si*

si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Et quibusdam placuit, statim esse tuam, & eousque tuam videri, donec eam persequaris: quod si desieris persequi, desinere tuam esse, & rursus fieri occupantis. Alii vero putaverunt, non aliter tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quod multa accidere soleant, ut eam non capias (1).

COMMENTARIUS.

1 **F**eræ ex prudentibus, interque eos *Trebatius*, qui existimabant, feram bestiam, si ita a venatore vulnerata sit, ut capi posse videatur, statim venatoris esse, ejusque tandiu manere, donec illam persequatur. Verum hæc sententia ideo displicuit, quia ex superiore regula, non vulneranti & persequenti, sed occupanti & capienti fera conceditur. Non potest autem dici, feram cepisse, qui spem tantum capiendi habet, cum multa accidere possint, quæ spem istam frustrarent, & ut fera evadat, *l. 5. §. 1. eod.* sicut in adagio Græco: *Inter os & offam multa intervenire possunt.* *Grot. lib. 2. man. cap. 4.* notat, eum, qui feram ab alio excitatam capit, quamvis dominus feræ fiat, tamen ut inciviler venantem eo nomine a ministris Saltuarii multari posse.

2 Cur, vero, inquis, cum feræ statim ut capta est nostra fiat,

non & ex contrario semel capta, si postea elapsa sit, statim nostra esse desinit, sed tandiu nostra manet, quando eam cum spe recuperandi persequimur? Nimirum quia possessio, ex qua dominia rerum jure gentium cœperunt, facilius retinetur, quam acquiritur. Ad acquisitionem non sufficit, rem esse in conspectu nostro, ejusque apprehendendæ animum & spem aliquam habere: sed manu occupanda & corporaliter apprehendenda est, *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. de acquir. vel amitt. poss. (2).* Ad retinendam autem possessionem semel quæsitam solus animus sufficit, *d. l. 3. §. 1. l. 1. §. 25. unde vi (3)*, eamque animum tandiu retinere intelligimur, quando non vana spes est fore, ut mox rem recuperemus; at spe recuperandi sublata, jam animum quoque possidendi nos desinere habere, fac. *l. 44. hoc tit. l. 6. §. ult. de acq. poss.*

3 Animadvertendum tamen est, omnium *Rerumpubl. & Regnorum* constitutionibus modum venationibus præscriptum esse. Constitutione *Friderici Imperatoris* vetatur rusticis retia, laqueos, aut alia instrumenta ad capiendas feræ tendere, nisi ad ursos, apros, vel lupos capiendos: quas bestias credibile est ideo exceptas esse, quia tanta earum diritas est, atque immanitas, ut publice intersit eas ab omnibus necari, *lib. 2. Feud. tit. de pacè tenend. 27. §. si quis.* Sunt qui existimant non posse citra injuriam lege civili aliquos

Z 2 quos
(1) *L. 21. d. tit. 28. P. 3.*
(2) *D. l. 21.*
(3) *L. 12. tit. 30. P. 3.*

quos impediri, ne feras capiant, captasque suas faciant, quoniam jure naturæ, quod immutabile est, hoc omnibus licet, Menoch. *cons.* 298. n. 18. *lib.* 3. & alii relati apud Fachin. *lib.* 1. *contr. cap.* 1. Sed verius est posse. Est enim hoc jus ex jure naturæ permittente, non præcipiente ut semper liceat. Vide Covarr. in *cap. Peccatum de reg. jur. in 6. p. 2. §.* 8.

4. IN HISPANIA sæpe etiam venationi & piscationi extra mare, re modus præscriptus est; & novissime *edito* anni 1772. in quo & absolute prohibentur tempore foeturæ a die scilicet 1. Martii usque ad 1. Augusti, & alibi usque ad 1. Septembris, & alia statuunt moderamina, quæ in *landato edito* videre licet. Illud autem prætereundum non est, prohibitions eximi & expresse permitti n. 8. *ejusd. ed.* aucupium coturnicum cæterarumque avium advenarum (*de paso* nos dicimus) etiam tempore foeturæ retibus & illicio, seu simulato cantu.

TEXTUS.

De apibus.

14. *Apium quoque fera natura est. Itaque apes, quæ in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quam volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint, ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque, si quos effecerint, eximere quilibet potest.*

(1) L. 22. d. tit. 28. P. 3.

Plane integra re, si prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eoque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est: alioquin occupantis fit (1).

COMMENTARIUS.

I Quia de quibusdam animantibus dubitari poterat, sint ne naturæ fera, an mansueta, & maxime de apibus, pavonibus, columbis, gallinis, & anseribus: non abs re est quod hoc loco nos Imperator docet, quo numero hæc animantia habenda sint. Ambigi primo potest de apibus, quippe quas Plinius docet, nec mansueti generis esse, nec feri, *lib. II. nat. hist. cap.* 5. Varro *lib.* 3. *de re rust. cap.* 16. in feras & cicures distinguit, uti & Columel. *lib.* 9. Plinius *d. lib. cap.* 18. in rusticas sive sylvestres & urbanas. Sed dubitandum non est, quin utut diversa sint apium genera, una tamen omnium sit natura, eaque fera & sylvestris, ut hic ex Cajo l. 5. §. 2. *hoc tit.* refert Justinianus. Libere enim omnes feruntur & vagantur, nec raro locum & alvearia mutant, etiam quæ aliquandiu inclusæ fuerunt. Quamobrem licet Plinio videantur mixti esse generis, fortasse quod in iis quid observaverit, quod naturam animalis mansueti sapiat, tamen in hoc quod tractamus argumento, pro feris omnino habendæ sunt. Nec obstat distinctio illa Varronis: nam cum

feras a cicuribus non natura, sed loco separet, feras appellans, quæ pascitant in sylvestribus, cicures, quæ in locis cultis habentur; satis apparet, cicures eum vocare, non quæ natura tales sunt, sed cura hominum, cicuresque dixisse pro cicuratis, vel potius pro iis, quæ minus feræ sunt, & occupatæ facilius mansuefiunt, quam sylvestres.

2 Nec huic contrarius est Ulpianus dum in l. 8. §. 1. *fam. ercisc.* respondet ex sententia Pomponii, apes venire in iudicium familiæ erciscundæ sive hereditatis dividendæ, quia in patrimonio nostro sunt, eumque, qui eas amovet, furtum committere. Nam non ideo hæc animalcula habet in genere mansuetorum: sed aperte loquitur de apibus quæ alveariis jam inclusæ ita assuefactæ sunt, ut ubi evolaverint, eundem locum sponte repetant: neque aliis apibus feras opponit Paulus l. 26. *de furt.* Constat autem, animalia, quæ ex feris mansuefacta atque ita condocerata sunt, ut ex consuetudine abeant & redeant, cum de occupatione eorum quaeritur, quandiu illam consuetudinem retinent, quod ex circumstantiis Judex æstimabit, eodem jure, quo mansueta haberi.

TEXTUS.

De pavonibus, & columbis, & cæteris animalibus mansuefactis.

15. *Pavonum quoque, & co-*

(1) L. 23. d. tit. 28. P. 3.

lumarum fera natura est: nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine evolare, & revolare solent: nam & apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque quidam ita mansuetos habent, ut in silvam ire, & redire soleant, quorum & ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex consuetudine abire, & redire solent, talis regula comprobata est, ut eoque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, & sunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint (1).

COMMENTARIUS.

I Quæ in §. *præced.* diximus de apibus, ea omnia obtinent in pavonibus & columbis. Et nota Pomponium in l. 37. *de furt.* dixisse pavonem mansuetum pro mansuefacto.

TEXTUS.

De gallinis, & anseribus.

16. *Gallarum autem, & anserum non est fera natura; idque ex eo possumus intelligere, quod aliæ sunt gallinæ, quas feras vocamus, item alii sunt anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinæ tuæ aliquo modo turbati, tur-*

batave evolverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui, tuave esse intelliguntur: & qui lucrando animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur (1).

COMMENTARIUS.

Postremo dubitatum de gallinis & anseribus; & harum avium naturam initio feram esse negat Justinianus, quod & Cæjus facit in l. 5. §. 6. hoc tit. Mox tamen & ille, & hic earum duo genera faciunt, quorum alterum natura sit ferum & agreste; alterum mansuetum & placidum: eamque naturarum differentiam in omni fere genere animalium animadverti posse, testatur Plin. lib. 8. cap. 53. De generibus anserum & gallinarum & natura cujusque scripsit idem Plin. lib. 10. cap. 21. Varro lib. 3. de re rust. cap. 9. Columel. lib. 8. cap. 2. Pallad. lib. 1. cap. 30.

2 Quocumque loco sint, tui, tuave] Regula generalis est, ad omne genus animalium mansuetorum pertinens, ea nostra manere, quamvis ita aufugerint, ut neque sint in conspectu nostro, & ubi ea sint, ignoremus, vel quocumque modo hoc acciderit, neque enim in iis occupationi locus est. Quapropter etsi lupus ovem meam, exempli causa, rapuerit, ea mea esse non desinit, quandiu recipi potest: & si forte eam alius lupum canibus suis persecutus eripuerit, suam non faciet; sed reposcenti mihi restituenda est, l. 44. hoc tit.

(1) L. 24. eod.

3 Tres igitur regulæ pro triplici animalium differentia ex his, quæ hæcenus diximus, observentur. 1. Feras, quarum libertas vel nunquam adempta est, vel quæ captæ in eam se receperunt, occupantis fieri. 2. Animalia mansuetæ, quocumque loco sint, nostra manere, neque occupatione cuiquam acquiri posse. 3. Mansuetæ ita ut abire, & redire soleant, quandiu eam consuetudinem retinent, jure mansuetorum censi; deposito revertendi animo, ut cæteras feras, secundum regulam concedi occupanti.

4 Furtum committere intelligitur] l. 5. §. 6. d. l. 44. hoc tit. quod & in mansuetis obtinet, si quis ea animalia, cum ex consuetudine abire & redire solitæ essent, interceperit, l. 8. §. 1. fam. etc.

TEXTUS.

De occupatione in bello.

17. Item ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra sunt: adeo quidem, ut & liberi homines in servitutem nostram deducantur: qui tamen si evaserint nostram potestatem, & ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt (2).

COMMENTARIUS.

1 Quod hic, & apud Cæjum l. 5. §. ult. eod. traditur, ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fieri, difficultate non caret.

Nam

(2) L. 20. d. tit. 28. P. 3.

Nam alibi legimus, agrum ex hostibus captum publicari, l. 20. §. 1. de capt. & postlim. Bona captivorum in fisco cogenda, l. 31. de jur. fisc. & similia. Sed res expedienda est cum D. Grot. 3. de jur. bell. 6. num. 10. & D. Talden. in comm. hic cap. 29. distinctione facta inter actus verè publicos belli & inter actus privatos, qui fiunt occasione belli publici; ut dicamus, per illos actus res acquiri populo; per hos nisi publico actu, inducto exercitu, impositis præsiidiis, capi non solent: & ideo, ut Pomponius respondit, publicatur ager, sive publicus sit populi, qui ex hostibus captus sit, l. 20. §. 1. de capt. Mobilia vero & se momentia, aut in ministerio publico capiuntur, aut extra illud. Priori casu etiam illa populi fiunt, cui hic singuli ut ministri operam navant: nam ut Ducibus exercitus prædæ dispensandæ aliquod arbitrium concessum fuerit, tamen actus sui rationem debeant populo, de quo late Grot. ubi sup. n. 15. Posteriori autem casu fiunt singulorum capientium, quia quod extra actum publicum capiunt, non intelliguntur capere ut ministri. Hinc est, quod si quid milites capiunt non in procinctu, aut in eo quod face-re jubentur, sed in eo quod promiscuo jure, aut solo permissu faciunt, id sibi statim acquirunt: capiunt enim non ut ministri. Talia sunt spolia, quæ detrahuntur hosti in dimicatione singulari. Talia quoque, quæ procul ab exer-

citu in liberis & injussis excursibus capiunt. Nunc vero passim usurpatur, ut in direptionibus oppidorum & præliis suum quisque faciat, quod cepit: in excursibus vero capta, omnia fiant eorum, qui in comitatu sunt inter ipsos pro dignitatis ratione partienda.

2 Rationem hujus juris docet Paulus ex Nerva filio, l. 1. §. 1. de adq. poss. nimirum: jure gentium res hostium hostibus esse non alio loco, quam quo sunt res nullius, ac proinde eorum fieri, qui primi earum possessionem nacti sunt. Non distinguunt in hoc negotio inter res mobiles & soli; neque distinguere debuerunt. Nam quæ nullius sunt, sive immobilia sint, sive mobilia, semper fiunt capientium; sed tam eorum, qui per alios, quam qui per se capiunt; neque enim servi tantum aut filiosfam. sed & liberi homines, qui vendendo, aut cupando, piscando, margaritas legendo operam suam addixerunt, statim ejus quod ceperunt, possessionem & dominium aliis acquirunt, iis scilicet, quibus operam navant; quippe quæ naturaliter acquirantur, non modo per nosmetipsos, sed etiam per quemlibet alium, cujus ministerio utimur, acquirere possumus; locumque hic habet, quod dicitur, nihil interesse, utrum per se quis faciat, an per alium, l. 53. hoc tit. l. 1. §. 20. l. 3. §. 1. de acquir. poss. Sic apud Græcos, qui in Olympiis certabant, præmia acquirebant iis, a quibus mittebantur.

TEXTUS.

De occupatione eorum, quæ in litore inveniuntur.

18. *Item lapilli, & gemmæ, & cætera, quæ in litore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris, fiunt.* (1).

COMMENTARIUS.

Acquisitionis naturalis & quidem occupationis species est inventio. Ea pro duplici objecto distingui potest in duo genera; nam aut earum rerum est, quæ nunquam ullius fuerunt; aut earum, quæ desierunt habere dominum, quales sunt thesaurus & res pro derelictis habitæ. De priore genere *hic* agitur; de altero in §. 39. & §. *pen. inf. eod.*

2 *Lapilli, & gemmæ*] Margaritæ, conchylia, coralia, cæteraque, quæ in mari aut litore maris nata, nec ab alio ante occupata, inveniuntur, *l. 3. de rer. div. l. 1. §. 1. de adq. poss.* Quod autem a mari productum non est, sed a navigantibus in tempestate ejectum, vel quod naufragio fluminibus in litus expulsum est, eorum permanet, qui ejecerunt vel naufragium fecerunt, §. *ult. inf. eod.*

3 *Statim inventoris fiunt*] Inventio species est, ut diximus, occupationis. Non igitur ut quisque hæc videre cœperit & notare oculis, ita statim ejus fiet, quod quidam putant; sed neces-

(1) *L. 5. d. tit. 28. P. 3.*

se est, ut possessionem eorum nanciscatur, si mobilia sint, manu apprehendat; si immobilia, ex ingrediatur, *l. 1. §. 1. & ibi Coras. num. 12. l. 3. §. 3. de adq. poss. Connan. 3. comm. 3. Grot. mar. lib. cap. 2.* Harum autem rerum dominium semel inventori quæsitum, etiam amissa possessione retinetur, ut juris est in rebus omnibus, quæ dominio nostro subjectæ sunt: exceptis feris bestiis, quæ ubi custodiam nostram evaserint, una cum possessione dominium nobis auferunt, quasi jure quodam postliminii in pristinam libertatem reversæ.

TEXTUS.

De foetu animalium.

19. *Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur* (2).

COMMENTARIUS.

Quæcunque jure gentium acquiruntur, ea diximus in summa nobis acquiri duabus rationibus, facto & occupatione nostra; rei nostræ potestate ac beneficio. Rei nostræ hæc vis est, ut duo nobis tribuat: foeturam, hoc est, quicquid ex ea nascitur aut provenit; & accessionem, sive quicquid accedit ei, ita ut unum ab ea trahatur: quæ distinctio docendi causa a nobis retinebitur. DD. vulgo utramque illam rei nostræ vim uno, accessio-

(2) *L. 25. tit. 28. P. 3.*

TEXTUS.

De alluvione.

20. *Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoquo temporis momento adjiciatur* (2).

COMMENTARIUS.

Potestate rei nostræ etiam ea jure gentium acquirimus, quæ rebus nostris ita accedunt, ut iis cohæreant atque ab iis trahantur: unde hoc genus acquisitionis *accessio* appellatur. Accessio hæc contingit, vel facto & opera hominis, de quo genere *infra*. §. 26. & multis *seqq. eod.* vel citra eam, naturali operatione & beneficio fluminis. Atque hoc modo quatuor rerum genera nobis acquiruntur: quæ latenter per alluvionem a flumine agris nostris adjiciuntur; quæ aperta vi fluminis de alieno avulsa cum prædio nostro unita sunt; insula in flumine nata; & alveus a flumine relictus: quæ & totidem §§. ordine explicantur ex *Cajo l. 7. §. 1. & seqq. hoc tit.* & primum quidem genus in *textu* proposito. In *C.* etiam *tit. est de alluvio.*

2 *Agro tuo*] Arcifinio scilicet, qui non alium finem ea parte habet quam naturalem, id est,

Aa ip-
(2) *L. 26. tit. 28. P. 3.*

sionis nomine comprehendunt, cuius deinde duo genera faciunt, discretam, puta foetus animantium; & continuam, puta alluvionem. Præsens *hic textus* ad foeturam pertinet, sequentes aliquot ad accessionem.

2 *Ex animalibus nostris*] *l. 2. l. 6. hoc tit.* Item partus editi ab ancillis nostris, §. *pen. supr. de jur. pers.* In summa quicquid res nostra ex se edit, sive ea mobilis sit, sive soli, id nobis hoc jure acquiritur; quamvis de solo foetu animalium *hic sermo.* Et placet, hæc statim ipso ortu nobis acquiri, etiam ignorantibus & invitis: nimirum vi & potestate rei nostræ, sicut diximus. Plane autem eadem ratione foetus animalium nostrorum nostri sunt, quæ nostra fiunt quæ in solo nostro nata sunt; nimirum, ut solum ipsum hæc nostra facit, non factio ulla, aut plantatio undecunque profecta, *l. 25. de usur. l. 11. C. de rei vind.* ita & animalia & ancillæ nostræ, quia instar soli sunt, ea, quæ conceperunt, nobis pariunt, *l. 5. §. 2. de rei vind. l. 7. C. eod.* (1). Atque ut fructus a solo nostro separati ideo nostri sunt & manent, quia cum adhuc solo cohærebant, pars soli intelligebantur, *l. 44. de rei vind.* ita & foetus ab animalibus nostris & partus ab ancillis editi, nostri manent, quia antequam edantur, portio sunt viscerum matris, *l. 1. §. 2. de insp. vent.* Adde quod femina in alendo foetu omnia confert de suo, quæ & ipsa interim a domino alenda sit.

Tom. I.

(1) *D. l. 25.*

ipsum flumen: nam agros limitatos alluvionem non habere, dicitur traditum est *l. 16. eod.* Quantum autem ex *d. l. 16.* colligere licet, ager limitatus diſtus fuit: *Ager ex hostibus captus, & deinde a populo vel Principe privatis ita possidendus datus, ut certis limitibus sive finibus jus possessoris circumſcriberetur;* ut sciretur, quod extra hosce fines esset, id publicum manere, sive quod accrevisset postea, id populo accrescere, vid. *Don. 4. comm. 27. Giph. ad d. l. 16. Connan. 3. comm. 5.* qui hunc locum præ cæteris illustrat ex *Aggen. & Jul. Frontino de qualit. agror. & controversia limit.* Limitatis agris similes sunt qui certa mensura comprehenduntur; parisque in hac re juris cum limitatis esse debent, ut jus alluvionis non habeant, cum possessores eorum ultra assignatum modum nihil possidere possint, *Connan. d. loc. Grot. 2. de jur. bell. cap. 8. num. 12.*

3 *Flumen adjectit*] Ad differentiam lacuum & stagnorum, in quibus jus alluvionis non agnoscitur. Etenim ut sola flumina fluxum & motum naturalem habent; quo fit, ut ripas suas & terminos sæpe mutant: ita & sola alluvionem admittunt. Lacus autem & stagna, licet interdum crescant & decrescant; tamen quia terminos suos resinent, alluvionem natura non recipiunt, *l. 12. eod.*

4 *Incrementum latens*] Alluvionem dicit esse: *Incrementum latens*, cum quid ita paulatim &

(1) *D. l. 26. tit. 28. P. 3.*

obscure prædio nostro adjicitur, ut sensu percipi non possit quantum quoquo temporis momento alterius prædio detrahatur, & adjiciatur nostro. Ex quo crescit hujus acquisitionis æquitas; nimirum, quod quæ alluvione accedunt, ita lente & obscure detrahantur, ut intelligi non possit, si forte de iis restituendis quærat, quorum prius fuerint aut quibus detracta. De alluvionibus ex professo scripserunt *Bart. part. 1. tractat. Tyberiad.* & *Baptista Aymus* tribus libris.

TEXTUS.

De vi fluminis.

21. *Quod si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane, si longiore tempore fundo vicini tui hæserit, arboresque, quas secum traxit, in eum fundum radices egerint; ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse (1).*

COMMENTARIUS.

I **P**roponitur hæc altera accessionis species, quæ a flumine est, & earum rerum, quæ non latent, sed vi fluminis aperta alieno prædio detractæ & in vicinum invecæ sunt. Hæc a superiore illa multum differt. Nam si pars terræ integra a vicini agro vi fluminis avulsa sit & nostro prædio adjecta; ea non statim nobis acquiritur, ut acqui-

rum-

TEXTUS.

De insula.

22. *Insula, quæ in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit (1): nullius enim esse creditur. At insula in flumine nata (quod frequenter accidit), si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit. Quod si alteri proximior sit parti, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam prædia possident (2). Quod si qua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insule redegerit, ejusdem permanet is ager, cujus & fuerat (3).*

COMMENTARIUS.

I **T**ertium rerum genus, quod jure accessionis acquirimus, est insula in flumine nata vado cohærens: de qua specie acquisitionis ex professo tractatur *hoc §.* Aspergitur initio aliquid de acquisitione insulæ in mari natæ, uti & apud *Cajum, l. 7. §. 3. eod.* unde hæc locus sumptus est, sed per occasionem duntaxat: nec huc pertinet, sed ad primum genus acquisitionis juris gentium, occupationem. Insula in genere est: *Terræ aquis circumdata.*

Aa 2

Quod

(1) *L. 29. d. tit. 28. P. 3.*

(3) *L. 28. eod.*

(2) *L. 27. eod.*

2 *Quod frequenter accidit*] Plin. lib. 2. nat. hist. cap. 85. scribit, fluminum in vectu id fieri, nimirum, quia flumina fere limosa sunt, & multis plerumque locis vadosa, sæpe accidit, ut limus, quem secum trahunt, & alia limo illita vado hærescant & adglutinentur, quibus paulatim auctis, locus ille alvei tandem supra flumen eminere incipiat. Livius lib. 2. cap. 5. refert, cum Romani mediis caloribus campi Martii segetem messi maturam & cum stramento desectam (quia religiosum erat consumere) in Tiberim tenuitum aqua fluentem effudissent, insulam inde enatam esse firmam templis quoque & porticibus sustinendis. Sed neque constans est fluminis cursus, sicut est maris; neque ut mare, fluxum & refluxum habet. Quæ omnia consideravit Pomp. l. 30. §. 2. hoc tit. cum scribit, insulam in flumine fieri tribus modis: uno, cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit; altero, cum locum aliquem, qui alvei esset, siccum relinquit & circumfluere coepit; tertio, cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit, eumque alluendo auxit. Adhæc aliquando evenit quod Paulus notat l. pen. §. 2. eod. ut ex virgultis aliave qualibet levi materia in superficie fluminis concrecente, insula existat, quæ ita sustineatur in flumine, ut solum ejus non tangat.

3 *Si quidem mediam partem*] Tria fere sunt, quæ de acquisitione insulæ in flumine nascentis quæri possunt: cui, quatenus, &

quo jure seu qua juris ratione acquiratur. Cæterum sciendum est, non de omni insula, quæ in flumine nata, aut a flumine facta sit, hæc quæri; sed de ea duntaxat, quæ nata aut facta sit in alveo aut ex alveo fluminis. Nam primo causam proprietatis non mutat is ager, qui cum alvei non esset, ab amne circumfluo in formam insulæ redactus est, d. l. 7. §. 4. d. l. 30. §. 2. hoc tit. & hoc §. in fin. Deinde quæ in flumine nata est forte ex virgultis aliave materia, quam temere flumina ferunt, ita ut alveo non cohæreat, ea publica est & ejusdem fere juris, cujus est ipsum flumen, d. l. pen. §. 2. eod. In Artesia non procul a fano S. Audomari lacus est, in quo insulæ aliquot fluitantes funiculo arboribus alligato aut contis, quo libeat, impelluntur attrahunturque, in quibus etiam boves aliæque pecudes pasci possunt. Quales & in Lydia, quas Calaminas vocabant, fuisse, Plin. lib. 1. cap. 95. nat. hist. memorat. De sola igitur ea insula, quæ alveo fluminis cohæret, sive lenta colluvione in eo enata sit, sive circumfluvione partis quæ alvei esset, facta, quæritur primum, cui ea jure gentium acquiratur. Et ait Justinianus hæc post Caj. d. l. 7. §. 3. eod. eam fieri privatam eorum, qui prope flumen, in quo nata est, prædia possident; quod & Pompon. affirmat d. l. 30. §. 2. eod. & Ulpian. l. 1. §. 6. de flum.

4 Cui tamen sententiæ contrarium est quod apud Labeonem in l. pen. §. ult. eod. vulgo sic legi-

gitur: *Si id, quod in publico innatum, aut inædificatum est, publicum est; insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet.* Sed cum hoc e diametro pugnet cum superioribus locis, adeoque cum iis quoque, quæ ipse Labeo de proprietate insulæ disserit in §§. præcedentibus d. l. pen. quid dubitamus cum Hotomano lib. 1. obs. 20. asserere, locum istum depravatam esse, & legendum: *Non si id, quod in publico &c.?* ut hic sit sensus: quamvis id, quod in publico nascitur aut ædificatur, publicum fiat (de ædificio in publico posito id testatur Ulpianus l. 2. §. 17. ne quid in loco publ. nam ideo solarium ei imponitur); tamen insulam in flumine publico natam publicam non fieri, sed privatam; quod ipse Labeo jam aliquoties ante dixerat. Hotomanum temeritatis arguit Cujac. 14. obs. 11. Sed ego Accursium etiam invenio testantem, eodem ferme modo legi & in veteribus nonnullis exemplaribus; atque ut hac auctoritate destituamur, non aliam lectionem admittit ratio juris. Sunt qui hunc Labeonis locum accipiunt de eo casu, quo prædia prope ripam publica sunt, puta si insula nascatur in Tiberi, eo alvei loco, quo Romam interfuit. Sed argumentatio Labeonis hujusmodi restrictionem non videtur pati. Plane in agris limitatis huic acquisitioni locus non est, quia nec alluvioni; sed occupantis insula fit, l. 1. §. 6. de flumin.

5 Videamus nunc, insula in flumine nata quatenus vicinis pos-

essoribus acquiratur. Et siquidem in medio fluminis alveo enata sit, communis fit eorum, qui prope ripam utramque prædia possident: sin cis aut ultra amnem medium, siquidem contra frontem unius prædii, cui prior est, tota acquiritur hujus prædii domino: sin ita, ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis fit omnium, qui secundum eam ripam, in quantum insula porrigitur, prædia habent, hoc §. & d. l. 7. §. 3. eod. Communem autem fieri insulam cum dicimus, non intelligimus eam communem fieri pro indiviso, uti solemus, cum proprie loquimur, l. 5. de stip. serv. sed regionibus divisim pro fronte, hoc est, latitudine cujusque fundi, quæ prope ripam sit; ut tantum quisque in ea habeat certis regionibus, quantum ante cujusque eorum ripam esse, linea in directum per insulam transducta, apparebit, l. 29. hoc tit.

6 Hoc igitur constituto, insulam in flumine natam dominis vicinorum prædiorum acquiri; restat ut videamus, qua juris ratione iis acquiratur. Nam video esse, qui jure quodam occupationis hoc fieri existimant, quod primo eam occupaturi videantur. Sed hoc nullo modo admitti debet; alioquin eadem ratione dicendam esset, etiam insulam in mari natam eorum fieri, qui prope litus prædia possident; & in flumine natam etiam eorum, qui ad ripam possident agros limitatos: quod utrumque falsum esse constat. Ego non aliam hujus acquisitionis rationem esse arbitror,

quam

quam quod insula alvei pars sit, alveus pars censeatur vicinorum prædiorum; ac proinde, ut alveus totus nudatus aqua vicinis acquiratur, ita & partem ejus nudatam, id est, insulam in eo natam iisdem acquiri, jure scilicet accessionis. Et insulam quidem partem alvei esse constat.

7 At absonum videri potest, quod alveum partem esse dicimus vicinorum prædiorum, cum alveus publicus sit eodem jure, quo ipsum flumen, l. 1. §. 7. de flum. §. seq. inf. hoc tit. ut contra potius dicendum videatur, insulam quoque, quæ alvei pars est, publicam fieri oportere. Sed sciendum est, alveum non simpliciter publicum esse, sed quatenus a flumine tenetur, eoque per flumen populus utitur, nudatum flumine privatum fieri vicinorum: nihil autem interesse, ut Pomponius huic objectioni occurrens respondet, utrum de alvei solo mutato, an de eo, quod superfluum solo & terræ sit, quærat, hoc est, utrum quærat de toto alveo mutato & a flumine relicto, an de insula in alveo nata; quippe sufficere, ea parte, qua insula exiit, alveum a flumine non teneri, d. l. 38. §. 1. & 2. Neque vero flumen interfluentis impedit, quominus insula vicinis ripæ agris per alveum jungatur atque accedat, non magis quam via publica inter alveum & vicina prædia interjecta impedit, quominus alveus siccatu acquiratur iis, qui secundum eam viam possident, l. 38. eod. Etenim ut via publica pars prædii vicini existi-

matur, d. l. 38. in fin. ita & alveus intermedius flumini subjectus. Atque hoc manifestissimum argumentum est, alveum etiam tum, cum adhuc a flumine occupatur, partem quadantenus censi vicinorum prædiorum. Æquitatem porro hujus acquisitionis augent incommoda vicinorum: nam quantum loci insula occupat, tantum de locis finitimis flumen decerpit, iisque solis detrimento est, in quorum agros cursus ejus depellitur.

8 IN HISPANIA hoc speciale est in acquisitione insulæ, ut, si non tota, sed tantum major, ejus portio uni ripæ proximior sit, hæc duntaxat portio domini, no illius ripæ acquiratur; reliqua vero pars minor domino adversæ ripæ, cui hæc magis est proxima. Itaque emensa latitudine fluminis, hujus medium, dominiorum est terminus, l. 27. tit. 28. P. 3.

TEXTUS.

De alveo.

23. Quod si naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit: prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ prope ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen est, id est, publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse in-

incipit, qui prope ripam ejus prædia possident (1).

COMMENTARIUS.

I Quarto & postremo eodem jure & ratione proximis possessoribus pro modo latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit, adjicitur alveus a flumine relictus: nempe vi & potestate prædiorum, quibus ipsis hæc acquisitio tributa propter vicinitatem, & propter prædia, prædiorum dominis. Atque ut hic quoque paucis rationem hujus juris & acquisitionis tibi explicem, dixi paulo ante, alveum fluminis extra usum publicum a veteribus existimatum fuisse partem prædiorum vicinorum, quasi olim iis deductum; argumento esse, quod placet, insulam manente adhuc alveo in flumine natam vicinorum esse: quod profecto non fieret, nisi alveus, cui insula cohæret, & ipse vicinorum prædiorum pars intelligeretur; nam prior est alvei ratio, quam insulæ, quæ conditionem alvei, ut pars ejus, sequitur. Cæterum quia proprietatis alvei, quandiu a flumine occupatur, nulla est utilitas, id causa est quod alveus, non secus ac flumen, publicus dicatur hac text. & alibi.

2 Novus alveus ejus juris esse incipit, cujus est ipsum flumen] Sicut alveus a flumine destitutus privatus fit, ita novus, quem flumen sibi fecit, fit publicus: nam impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit pu-

blicus, ait Ulpian. l. 1. §. 7. de flum. d. l. 7. §. 5. Pertinet hæc illud Pomponii in d. l. 30 §. hoc tit. Flumina, inquit, vicinorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum. Cui simile est, quod apud Cassiodorum legimus lib. 3. variar. Agrimensor, inquit, more vastissimi fluminis aliis spatia tollit, aliis rura concedit. Ita plerumque evenit, ut alios flumen ditet, alios pauperet. Lucanus:

Illos terra fugit dominos, his rura colonis

Accedunt donante Pado. . . .

3 Rursus novus alveus] Nam ager ille, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma: & cum prædii, non personis hæc acquisitio tribuatur; non potest is, qui vicinum prædium nullum habet, ratione vicinitatis quicquam in eo alveo sibi vindicare, d. l. 7. §. 5. eod. Atque hoc quidem usque efficit stricta juris gentium ratio: sed vix est, ut id obtineat, inquit Cæjus d. loco. Et utique non semper obtinere debet. Sæpe enim æqui & boni ratio suadet, ut priori potius domino alveus restituatur, quam adjudicetur vicinis possessoribus. De quo haud facile quid certi definiti potest, sed ex circumstantiis judicandum est. Finge, flumen relicto naturali alveo agrum alicujus occupasse, ita ut novum hic sibi alveum quæsisse videatur: deinde, nec ita multo post tempore in veterem locum subito atque eodem impetu, quo perturperat, se recepisse; æquissimum

(1) L. 31. d. tit. 28. P. 3.

num est, agrum recessu fluminis restitutum ad pristinum dominum reverti, licet formam agri impetus fluminis abstulerit, *d. l. 7. §. 5. in fin. d. l. 30. §. 3. hoc tit. l. 23. quib. mod. ususfr. amitt.* quia hujusmodi occupatio non longe abest ab inundatione. At si flumen non eodem impetu, quo venit, discedat, sed lente & minutatim recedendo, alluvione in pristinum locum redeat: spatium illud alvei, quod siccum post se sensim reliquit, non videtur priori domino restituendum, sed alluvione accrescere proximorum prædiorum possessoribus, *l. 38. hoc tit. fac. l. 1. C. de alluv. Atque ob hanc causam arbitror, Pomponium in d. l. 30. §. 3. & d. l. 23. consulto expressisse hæc verba: Eodem impetu. Bart. tract. de alv.*

TEXTUS.

De inundatione.

24. *Alia sane causa est, si ejus totus ager inundatus fuerit; neque enim inundatio fundi speciem commutat, & ob id si recesserit aqua, palam est, eum fundum ejus manere, cujus fuit (1).*

COMMENTARIUS.

Inundatio proprie est: *Cum flumen imbribus, vel nivibus, vel qua alia ratione auctum in vicinos campos ita se effundit, ut nec ripas, nec alveum suum mutet, l. 1. §. ripa 5. de flum. Hoc cum fit, ait Justini-*

(1) *L. 32. d. tit. 28. P. 3.*

nianus post Cajum in *l. 7. §. 6. hoc tit.* fundi proprietatem non amitti: & ideo recedente aqua, fundum, qui occupatus fuerat, non adjici vicinis possessoribus, sed ejus manere, cujus ante inundationem fuerat. Et addit hanc rationem, quia inundatio fundi speciem non commutat, quasi dicat: non ut alveo facto propriam formam ager amittit, ita & inundatione; quippe alveum fieri diuturno lapsu fluminis & lenta excavatione agri, ut jam plana ejus facies amplius non appareat: inundatione autem, uno subitaneo impetu prædia invadi, atque aqua cooperiri duntaxat, non comminui, dissolvi aut excavari, ut formam amisisse dici possint, *d. l. 1. §. 9. de flum.* Atque ut maxime summa pars agri in arenam dissolvatur, manet tamen solida pars fundi interior: & ut de qualitate aliquid mutet, substantiam non mutat, non magis quam pars agri, quæ a lacu hauritur, cujus jus non mutari, certum est.

2. Igitur ad inundationes præsertim temporales & anniversarias non pertinet quod vulgò dici solet: *Occupatum sequitur conditionem occupantis*, Gloss. *l. pen. de rer. div.* Non obstat *l. 23. quib. mod. us. am.* quia non loquitur de simplici inundatione, cum flumen retento alveo extra ripas se effundit: sed cum deserto alveo toto, impetu in agrum alijus perrumpit, quasi novum alveum quærens, hoc casu placet, proprietatem agri ita amitti, ut restituatur, si non facto novo

alveo flumen se receperit, ut in *fin. sup. §. demonstratum est.* Obiter addo, quod quamvis inundatio causam dominii non mutet, possessionem tamen nobis aufert, *l. 3. §. 17. l. 30. §. 3. de acq. poss. (1)*, itemque ea jura, quæ in factò personæ posita sunt, ut usum & usumfructum, *l. 24. quib. mod. us. am.* sed recedente aqua hæc omnia nobis restitui, *d. l. 24. l. 1. §. 9. de itin. act. priv.*

TEXTUS.

De specificatione.

25. *Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit: utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit: ut ecce, si quis ex alienis vitis, aut olivis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit; aut ex alieno auro, vel argento, vel ære vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino, & melle mulsum miscuerit; vel ex medicamentis alienis emplastrum, aut collyrium composuerit; vel ex aliena lana vestimentum fecerit; vel ex alienis tabulis navem vel armarium, vel subsellia fabricaverit. Et post multam Sabinianorum, & Proculianorum ambiguitatem, placuit media sententia existimantium, si ea species ad priorem & rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius in-*

Tom. I.

(1) *D. l. 32.*

telligi dominum, qui fecerit: ut ecce, vas conflatum potest ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci; vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad vvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad vinum & mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino, & alieno melle mulsum miscuerit; aut ex suis, & alienis medicamentis emplastrum, aut collyrium; aut ex sua lana, & aliena vestimentum fecerit; dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: cum non solum operam suam dederit, sed & partem ejusdem materiæ præstiterit (2).

COMMENTARIUS.

I Specificatione, de qua in *textu*, nihil est aliud, quam: *Novæ speciei ex aliena materia formatio.* De cujus acquisitione *hic* quæritur.

2 *Sabinianorum, & Proculianorum*] Fere etiam olim diversæ & dissidentes Jurisconsultorum familiæ; Auctores Attejus Capito & Antistius Labeo: qui primi, cum velut diversas sectas fecissent, ille in iis, quæ a majoribus acceperat, perseverando; hic ingenii & doctrinæ fiducia plurima innovando; dissensionem successorum eorum auxerunt, dum sui quisque magistri sententiæ tanquam oraculo religiose adhereret. Capioni successit Massurius Sa-

Bb

bi-

(2) *L. 33. d. tit. 28. P. 3.*

binus, Sabino Cassius: Labeoni successit Nerva, Nervæ Proculus, Proculo Pegasus. Atque inde appellati postea Sabiniani vel Cassiani: & Proculejani seu Pegasiani, l. 2. §. post hunc 47. de orig. jur.

3 Hoc dissidium exercere quoque in isto de specificatione argumento. Nerva & Proculus existimabant, speciem ex aliena materia factam naturali ratione ejus esse, qui eam suo nomine fecisset: nam materiæ, quæ extincta sit, nullam porro rationem haberi posse, sed causæ efficientis duntaxat, & potissimum formæ, cujus susceptione materia in aliam speciem transisset: quæ species cum antea nullius esset, ac ne esset quidem, rationem naturalem efficere, ut concedenda sit ei, qui, ut ea in rem natura sit, fecit, eamque occupavit, l. 7. §. 7. hoc tit. l. 3. §. 21. de acquir. poss. Diversæ autem scholæ Auctores Sabinus & Cassius contra, naturali rationi convenientius esse putabant, ut qui materiæ dominus fuisset, idem ejus quoque, quod ex materia factum esset, dominus fieret: quippe sine materia speciem nullam effici posse; nostrum autem esse id, quod ex re nostra factum est: postremo nihil tam ab æquitate naturali alienum videri, quam ut id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferatur, l. 11. de div. reg. jur.

4 *Media sententia*] Inter duas extremas Proculi & Sabini. Nam Sabini sententiam veriorum esse putabant, si species facta ad

priorem materiam reduci posset: si non posset, Proculi, d. l. 7. §. 7. Et perquam elegans est hujus distinctionis ratio, quam & iidem mediæ sententiæ Auctores afferunt: nempe cum manente materia, forma rei externa tantum mutatur, idque quod factum est, in sua initia sive ad rudem materiam reduci potest; rationem naturalem non pati, ut cum Proculo dicamus, rem eam nunc primum existere, ac propterea fieri occupantis: sed necesse esse, ut sequatur vires & conditionem materiæ, quæ potenter manet, l. 78. §. 4. de legat. 3. At ubi materia consumitur atque extinguitur, quod nostri semper fieri intelligunt, cum species facta ad pristinam materiam reverti non potest, nullam materiæ, quæ esse desiit, aut prioris domini, cujus in hac specie nihil est, l. 27. §. 1. hoc tit. cum Sabino rationem haberi posse: sed novæ duntaxat speciei, ejusque, cujus facto ea in rerum natura esse coepit, d. l. 3. §. 21. de adq. poss.

5 *Frumentum ad spicas reverti non potest*] Inter exempla specierum, quæ ad id, quod prius fuerant, reverti non possunt, frumentum excussum etiam Cajus refert in d. l. 7. §. 7. (1), sed ille quod hic omissum est, mox subjicit, se eorum sententiam probare, qui frumentum alienis spicis excussum ejus esse non dubitabant, cujus spicæ essent: propterea quod cum grana, quæ spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excutit spicas,

(1) D. l. 33. tit. 28. P. 3.

cas, non novam speciem faciat, sed eam, quæ est, detegat. Quod idem eadem ratione dicendum est de leguminibus, lupino, lente, cicere, fabis, aliisque id genus frugibus, quæ siliqua continentur.

6 De navi ex alienis tabulis facta non satis convenit propter obscurum veteris, ut videtur, dissolutionis vestigium, quod extat in l. 61. de rei vind. Ceterum cum mediæ sententiæ Auctores generaliter definiant, speciem, quæ ad id corpus, quod prius fuerat, reduci non potest, facientis fieri, navemque ex alienis tabulis factam nominatim inter hujusmodi species, uti revera est, numerent; quid cunctamur cum Paulo respondere, navem ejus esse, qui fecit? d. l. 26. hoc tit. Pars autem secunda responsi Miniciani in d. l. 61. quæ contraria est, non probatur, sed reprehenditur a Juliano, cujus reprehensionis ratio est in illis postremis verbis: *Nam proprietas totius navis, carinæ* (id est, formæ, seu ejus, qui formam fecit) *causam sequitur.* Nam carina non semper infimum navis alveum significat; sed interdum ponitur pro ipso navis corpore, quod totum carinatum est; hoc est, pro totius navis forma, ut in l. 24. §. ult. de leg. 1. Ita Connan. 3. comm. 6. Osuald. ad Donel. lib. 4. cap. 12. contra Gloss. in d. l. 61. de rei vind. aliosque.

7 Itaque si species nova ad rudem & pristinam materiam reduci potest, modus acquisitionis accessio est; quia materia, quæ

perseverare existimatur, trahit ad se formam, hæcque illi accedit. Si autem nequit reduci, acquirendi modus ad occupationem refertur: cum enim hoc casu materia extincta putetur, species facta nullius esse creditur, & facienti, tanquam primo occupanti acquiritur. Species vero facta debet esse nova & diversa a priore, ex qua, ut ex materia, facta sit posterior; nam, verbi causa, lana aliena purpurâ vel alio colore tincta, non est nova species, l. 26. §. ult. hoc tit.

8 Duo insuper addenda, quæ a Justiniano omissa sunt: nempe, non aliter speciem novam facientis fieri, quam si hic eam fecerit suo nomine & bona fide (1). Primum discrete expressit Cajus l. 7. §. 7. hoc tit. Quare si species, quæ ad rudem materiam reverti non valet, ab aliquo facta sit nomine Titii, non facientis, sed Titii erit, cujus nomine facta est, secundum tradita in §. 17. hoc tit. De bona fide nihil quidem expressit Cajus; sed eam requiri non obscure deducitur ex eo, quod addit d. l. 7. hæc verba: *Suo nomine.* Nam qui scit materiam alienam esse, in eadem causa haberi debet, ac si nomine materiæ domini fecisset, d. l. 12. §. 3. ad exhib. cui etiam operam suam donasse intelligendus est exemplo ejus, qui sciens in alieno solo ædificavit, §. 30. inf. hoc tit.

9 Hoc autem jure constituto, ne aut dominus materiæ, aut is, qui materiam mutavit, queri possint: ille ubi materia extincta

(1) D. l. 33. tit. 28. P. 3.

est, eam alieno sibi facto peritise; hic ubi ea mansit, se perdere operam bona fide impensam; uterque, contra naturam esse, ut quis ex re aliena locupletetur cum alterius detrimento: utriusque consultum est, illi actione in factum, qua consequatur estimationem materię suę; huic exceptione doli mali, qua opposita ei, qui speciem suam vindicabit, servet impensas a se factas, arg. l. 23. §. 4. & seq. de rei vind. (1).

TEXTUS.

De accessione.

26. Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuerit, licet pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento: & qui dominus fuit purpurę, adversus eum, qui surripuit, habet furti actionem, & conditionem; sive ipse sit qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctę res licet vindicari non possint; condici tamen a furibus, & quibusque aliis possessoribus possunt.

COMMENTARIUS.

I Accessionis, quę ab hominibus est, docendi gratia, quo res tota perfectius cognoscatur, duo genera nunc facimus: confusionem, & conjunctionem. De confusione agitur §. seq. Conjunction autem est: Cum res ita junguntur, ut cohæreant, discretæ manente earum substantia:

(1) D. l. 33. tit. 28. P. 3.

sive ita res alienę rebus nostris junctę cohæreant, ut iis quasi basibus innitantur, veluti quę in solo nostro ædificantur, plantantur, seruntur; in chartis nostris aut tabulis scribuntur aut pinguntur, de quibus omnibus item postea: sive ita, ut sint tanquam additamenta aut ornamenta rei nostrę; ut si pes aut manus jungatur statuę, ansa scypho, gemma includatur auro, emblemata phialis jungantur, l. 23. §. 2. de rei vind. l. 7. §. 2. ad exhibend. eodemque etiam pertinet, quod hic traditur de purpura vestimento intexta, d. l. 7. §. 2. ad exhibend.

2. Licet pretiosior sit] Cum enim quęrimus quid cui cedat, non pretium spectamus, sed quid cujus rei ornandę causa adhibeatur, ut accessio cedat principali, l. 19. §. 13. de aur. arg. leg. In universum autem sic de hac quęstione habeto. Quando duę res, quarum unaquęque per se subsistere potest, ita junctę sunt, ut cohæreant, & unum corpus efficiant proprię speciei ejusdemque nominis; semper pars inferior cedit præstantiori, ut is naturali ratione totius illius corporis dominus esse intelligatur, cujus & præstantior pars est. Si diversa rerum junctarum magnitudo est, ex magnitudine unius partis præstantia æstimatur; ut si statuę pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum jungatur, l. 26. §. 1. hoc tit. l. 7. §. 2. ad exhibend. l. 23. §. 2. 4. & 5. de rei vind. adeoque etsi pars minor pretiosior sit, ei tamen cedit, cujus major est species;

cies; ut gemmę & margaritę inclusę auro, d. l. 19. §. 13. de aur. arg. leg. purpura vestimento intexta, ut hic, & d. l. 7. §. 2. ad exhibend. Si eadem magnitudo est, ex pretio: si pretium quoque idem, placet neutrum alteri cedere, sed suam cujusque rem manere, l. 27. §. 2. hoc tit.

3. Adversus eum, qui surripuit] In hoc quoque ab acquisitione speciei factę differt hæc acquisitio, quod species facta tantum volenti acquiratur, eique, qui eam bona fide & suo nomine fecit: jure accessionis pars junctæ etiam ignoranti, etiam ei, qui alieno nomine aut mala fide junxit. Nulla enim in hac acquisitione ratio habetur personę facientis aut jungentis, sed rerum junctarum duntaxat.

4. Nam extinctę res] Licet purpura attexta vestimento integra maneat, pro extincta tamen, quia vestimento cedit, habetur; sicut gemma inclusa auro, alięque, quę res nostrę ad se per prævalentiam trahunt, salva eorum substantia, l. 6. ad exhibend. d. l. 23. §. 2. & 5. de rei vind.

5. Licet vindicari non possint] Amissa videlicet earum proprietate, & nimirum: quandiu cohærent: nam quod de gemma inclusa annulo alieno responsum est, eam vindicari non posse, sed posse agi ad exhibendum, ut excludatur & exclusæ vindicetur, l. 6. ad exhib. id locum habet in omnibus, quę similibus rebus nostris junctæ, accessionis loco cedunt, d. l. 23. §. 5. de rei vind. Tentari etiam potest, adversus

eum, qui mala fide junxit, utilem quoque actionem in rem esse, non tanquam adversus eum, qui possideat, sed qui dolo malo possidere desiderit, cum dolus pro possessione sit, l. 131. de div. reg. jur.

6. In HISPANIA dominus partium præstantioris non aliter acquirat dominium inferioris, quę illi ornandę & explendę jungitur, quam si conjunctio ferruminatione fiat, hoc est, eadem materia. Si enim per plumbaturam, id est, materiam diversi generis, fuerit facta, pars minor ejusdem permanet, cujus ante conjunctionem erat, ut si statuę aureę manus quoque aurea adplumbata sit, l. 35. tit. 28. P. 3. & ibi Greg. Lop. glos. 2. Galin. in Phœn. lib. 3. tit. 2. §. 3. in fin. Excipe tamen casum, quo quis partem inferiorem, quę sua erat, alienę præstantiori mala fide junxerit: tunc enim dominium partis inferioris domino præstantioris acquiratur, ex d. l. 35. vers. Mas si caeciesse eod. & quidem, ut dicitur d. vers. nulla ratione habita, an conjunctio per ferruminationem, an per plumbaturam fuerit facta.

TEXTUS.

De confusione.

27. Si duorum materia voluntate dominorum confusę sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est: veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti, vel

auri conflaverint (1). Sed & si diversæ materiæ sint, & ob id propria species facta sit: forte ex vino, & melle mulsum, aut ex auro, & argento electrum: idem juris est. Nam & hoc casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito & non voluntate dominorum confusæ fuerint, vel ejusdem generis materiæ, vel diversæ: idem juris esse placuit.

COMMENTARIUS.

I DE confusione disputatur hoc loco: quæ quid sit, primo videndum; deinde quam vim ad acquirendam, & unde habeat. Verba hæc, *confundere & miscere* aut *commiscere* vi sua generalia sunt, deque omnibus dicuntur, quæ quovis modo permiscentur, ut videre est etiam apud nostros in l. 7. §. 8. hoc tit. l. 3. §. ult. l. 5. pr. de rei vind. Cæterum cum signate & distincte loqui volumus, confusionem appellamus: Cum corpora liquida aut liquefacta invicem miscentur, commixtionem: Cum corpora sicca & solida ita miscentur, ut discreta maneant & non cohereant; quam nominum distinctionem peperit diversi juris, quod in his obtinet, ratio. Confundi igitur proprie res dicuntur: Quæ ita permiscentur, ut una ingrediatur alteram, & vicissim alterius partem in se recipiat, veluti cum vinum cum vino miscetur, aurum cum auro conflatur.

(1) L. 34. d. tit. 28. P. 3.

2 Effectus confusionis hic est, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur, idque vi & potestate rei cujusque, cogente natura, rem unam mutuo trahere alteram; unde existit totius corporis, quod ex confusione fit, communio. Cæterum neque quarumvis rerum confusio communionem parit, neque facta quovis modo. Summam tibi ecce: Omnis confusio fit aut voluntate dominorum, aut citra eam; & citra eam, aut casu, aut voluntate unius tantum, sive etiam tertii alicujus, puta Titii. Insuper res, quæ confunduntur, aut sunt unius generis, aut diversorum. Item aut tales sunt, quæ confusæ separari non possunt, aut quæ possunt separari. Nunc sic habe. Voluntate dominorum facta confusio sine ulla rerum distinctione communionem facit. Casu facta, non aliter quam si res diduci non possint (2). Facta unius voluntate tantum, aut a Titio, si materiæ unius generis confusæ sint: quoniam nec diduci possunt, nec novam speciem constituunt. Jam videamus quid Imperator dicat, & singula consideremus accuratius.

3 Voluntate dominorum] Hæc species proprie huc non pertinet. Neque enim communionem hic inducit rerum confusio, sed mutua dominorum voluntas res suas confundendo tacite communicatum: argumento est, quod est duo frumenta sua miscuissent, idem tamen juris, licet in dissimili genere mixtionis, foret, §. seq.

(2) D. l. 34. tit. 28. P. 3.

4 Utriusque commune est] Pro rata scilicet ejus materiæ, quæ cujusque ante confusionem fuit, l. 3. §. ult. de rei vind. (1). Res autem communis proprie dicitur: Quæ duorum aut plurium est, non quasi tota singulorum (neque enim duorum in solidum res una esse potest, l. 5. §. ult. commod.) sed singulorum pro partibus, iisque indivisis, l. 5. de stip. serv. l. 5. §. ult. de reb. eor. qui sub tut. Itaque quæ partes ante confusionem singulorum erant separatim, post confusionem singulorum esse incipiunt conjunctim, ut jam intellectu magis, quam corpore partes habeant, d. l. 5. de stip. serv. nec possit amplius unus, quod suum fuit ante confusionem, separatim vindicare, sed partem duntaxat pro indiviso, puta dimidiam aut tertiam; sive, quod eodem recidit, agere communi dividendo, ut res dividatur, & pars rei divisæ dimidia aut tertia pro rata ponderis, quod contulit, restituitur: in quo & pretii rationem Judex habebit, si unius pars pretiosior fuit, d. l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. de rei vind. Et si forte res dividi commode non possit, unam totam adjudicabit, eumque vicissim alteri condemnabit in certam summam pecuniæ, §. 5. inf. de offic. jud.

5 Quod si fortuito] Hæc confusionis species propria est hujus loci. Ait, in fortuita confusione idem juris esse, quod foret, si materiæ dominorum voluntate confusæ essent: nimirum etiam to-

(1) D. l. 34.

(2) D. l. 34. vers. Esto mis-

tum id corpus, quod ex duorum materiis casu confusis existit, commune esse eorum, quorum materiæ confusæ sunt; nec referre, ejusdem generis materiæ sint, an diversi, & ob id propria species facta sit: & quidem quod casu factum est, nemo sibi vindicare potest jure specificationis. Hoc item & Cajus d. l. 7. §. 9. hoc tit. Observandum autem est, & hic & apud Cajum exempla proponi duntaxat earum rerum, quæ confusæ diduci & separari non possunt, quippe quas communes facit ipsa necessitas & vis naturæ superior: nam confusio hæc eo rem deducit, ut unaquæque materia alteram in sese per omnia confusam & indiscretam habeat; unde evenit, ut vel minima pars unius partem alterius sibi habeat adjunctam, quam & necessario ad se trahat; atque hinc communio. Quod si materiæ, quæ forte confusæ, separari possint, veluti si plumbum cum argento mixtum sit; nulla necessitas intervenit, ob quam fiat, ut una res alteram mutuo ad se trahat (2), sed cum ab artificibus separari possint, separabuntur: estque in eam rem, non ut superiore casu actio communi dividendo, sed ad exhibendum, & in rem, l. 5. §. 1. de rei vind.

6, IN HISPANIA si confusio, sit facta ab uno ex dominis absque voluntate alterius, utriusque, manet quod ante fuerat, nulla, adhibita distinctione, l. 34. tit. 28. P. 3.

TEX-
mo, cum seqq.

TEXTUS.

De commixtione.

28. *Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem voluntate vestra, communis est: quia singula corpora, id est, singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse: quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit: arbitrio autem Judicis continetur, ut ipse æstimet, quale cujusque frumentum fuerit.*

COMMENTARIUS.

1. **N**ihil est in hoc text. quod ad institutam de accessione disputationem pertineat. Agitur de commixtione, quæ ut diximus *sup.* §. 27. contingit cum corpora, quæ miscentur, discreta manent, & suam singula speciem retinent, velut si frumentum cum framento, nummi cum nummis, pecora cum pecoribus inter se misceantur. Hujus, inquam, commixtionis nomen eadem est, ut per eam potestate rei nostræ aliena nobis ac-

quirantur, sive difficilis sit corporum mixtorum separatio, sive non sit: cum neutro modo fiat, ut aliquid sit in meo aut alieno, quod alterum ad se naturæ necessitate trahat.

2. *Quia singula corpora in sua substantia durant*] Objici huic loco solet, quod Javolenus ex Cajo refert, nummos alienos in solutum datos creditoris accipientis fieri, si is eos ita miscuerit suis, ut discerni non possint, *l. 78. de solut.* An dicemus, idem esse in frumento, quod quis ex simili causa acceptum, bona fide cum suo miscuit? At refragatur generalis definitio hujus loci, tum etiam ratio subjecta, & comparatio frumenti mixti & pecorum. Plerique putant, inter nummos & frumentum hoc interesse, quod nummi ita commixti, ut discerni non possint, pro consumptis habendi sint; frumentum non antequam farina ex eo confecta sit: quippe rerum, quæ usu consumuntur, consumptionem æstimari ex consumptione ipsorum corporum; pecuniam autem numeratam intelligi consumi plerumque salvis nummorum corporibus, §. 2. *inf. de usuf.* Notum vero esse, consumptionem nummorum in creditum vel in solutum datorum causam dominii mutari, *l. 13. l. 19. §. 1. in fin. de reb. cred.* Ita prope modum Accurs. quem sequitur communis DD. schola, add. D. Cujac. 13. *obs.* 28.

3. *Quam grex intelligitur esse communis*] Exemplo pecorum alienorum gregi meo mixtorum daret, frumenta quoque sine volun-

tate dominorum mixta sua cujusque manere, neque in acervo factio quicquam esse commune: quippe eandem rationem esse singulorum granorum in acervo, quam singulorum pecorum in grege: utrumque esse corpus, cujus partes non cohæreant, aut uno spiritu contineantur, sed quæ singulæ essentia sua maneat distinctæ, propriamque suam speciem retineant: ac proinde rationem juris non pati, ut hic magis, quam illic dominia confundantur, arg. *l. 30. de usuc. junct. l. 23. §. 5. vers. at in his, de rei vind.* Cæterum comparatio hæc illud habet dissimile, quod pecora aliena meis pecoribus mixta facile discerni possunt, & ob id singula vindicari, *diff. vers. at in his*, grana autem commixta non item. Qua ratione, ne voluntaria quidem pecorum mixtione grex communis fit, nisi id expresse actum proponatur.

4. *In rem actio pro modo frumenti*] Ubi res communis non est, cessat communi dividendo judicium, *l. 1. com. div.* sicut in proposito. Cæterum nec grana ipsa, quæ cujusque ante commixtionem fuerunt, vindicari poterunt, quia discerni & designari nequeunt, nec pars acervi; quod non licet nisi in acervo communi: sed quantum in acervo cujusque fuit, atque etiam nunc est, *l. 5. pr. de rei vind.* Nec refragatur actionis in rem natura, quæ exigit, ut res, quæ petitur, designetur, *l. 6. d. tit. (1).* Satis enim designari videntur gra-

Tom. I.

(1) *L. 10. tit. 2. P. 3.*

na petita hoc ipso, quod designantur certo loco atque acervo contenta & circumscripta. Tantum laborabitur in exitu judicii & restitutionis.

5. *Quale cujusque frumentum*] Igitur si unius frumentum fuerit pretiosius, officio Judicis continebitur, ut ejus quoque ratio habeatur, & hoc amplius ferat is, cujus frumentum pretiosius fuit, vel ex acervo, vel certæ pecuniæ adjudicatione: ut sic omni ex parte utrique satisfiat, arg. *l. 4. de rei vind. §. 5. inf. de offic. jud.* In summa, vi & effectu hic non alia Judicis sententia est & restitutio, quam si acervus vere communis esset, *l. 3. §. ult. d. tit. de rei vind.*

6. **I**N HISPANIA communio, nem parit nedum illa commixtio, quæ voluntate dominorum sit, facta; verum etiam quæ casu contingit; si modo in hac, res mixtæ separari nequeant sine magno labore, *l. 34. tit. 28. P. 3.*

TEXTUS.

De his, quæ solo cedunt.
De ædificatione in solo solo ex aliena materia.

29. *Cum in solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii: quia omne, quod solo inædificatur, solo cedit. Nec tamen idcirco is, qui materiæ dominus fuerat, desinit dominus ejus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest.*

CC

est, neque ad exhibendum de ea re agere propter legem XII. Tab. qua cavetur, ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet per actionem, quæ vocatur De tigno juncto. Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Quod si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materię dominus, si non fuerit duplum jam consequutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.

COMMENTARIUS.

I Diximus non ita pridem, duobus modis contingere, ut res alienæ rebus nostris facto hominum accedentes nobis adjiciantur, confusione, de qua proxime locuti sumus, & conjunctione. Conjunctionem appellamus, cum duæ res ita junguntur, ut cohæreant, & unum corpus constituent, integra manente earum substantia. Duo quoque genera hujus conjunctionis fecimus: unum earum rerum, quæ junctæ nihil amplius habent, quam additamentum & expletionem ejusdem corporis, de quo genere dictum sub §. 26. *supr.* alterum earum, quæ sic aliis junguntur, ut in his tanquam in subjecto consistant, ac sine his esse non possint; cujusmodi sunt hæc quinque, quæ nunc porro singula exequemur: in solo ædificata, plantata, sata, scripta in chartis aut membranis, picta in tabulis.

2 Quia omne, quod solo inædificatur, solo cedit] In conjunctione rerum, de qua agimus, uti naturali ratione præstantior existimanda ea res, quæ per se consistere potest; inferior, quæ imponitur & sine illa consistere non potest: ita & eadem ratione fit, ut hæc ab illa per prævalentiam trahatur, illique ut præstantiori cedat; ac proinde utriusque dominus efficiatur qui dominus fuerat præstantioris, l. 23. §. 3. & 4. *de rei vind.* Hæc ratio generalis est ad omnes species hujus conjunctionis pertinens. Ait, omne quod solo inædificatur. Hæc prima species est hujus accessionis, atque de ea ita jus est. Omne ædificium, quamvis ex aliena materia, solo impositum, solo cedit, d. l. 7. §. 10. *hoc tit.* Idque si ve dominus soli ex aliena materia ædificaverit in suo, sive e converso dominus materię ædificaverit in solo alieno, d. l. 7. §. 12. *hoc tit.* §. *seq. eod.* Solo autem impositum accipi oportet etiam id, quod verbi causa supra parietem meum ædificatum est, l. 28. *hoc tit.* Cæterum ut rationi hujus juris locus sit, necesse est, ut id, quod ædificatum est, solo cohæreat. Nam si Titius, exempli gratia, horreum frumentarium ex tabulis ligneis factum mobile in prædio Seji posuerit, id non Seji erit, sed Titii, qui posuit, l. 60. *eod.*

3 Nec tamen is, qui materia dominus fuerat, desinit &c.] Diximus, eum, qui ex aliena materia in suo ædificavit, dominum fieri ædificii: cui consequens videri poterat, eum, qui materia

do-

dominus erat, dominum ejus esse desine: cùm duo ejusdem rei in solidum domini esse non possint. Contra tamen & hæc, & apud Cæcium scriptum est, materię dominum dominium idcirco non amittere seu non desinere stante ædificio dominum adhuc intelligi. Hoc ne quem offendant, sciendum est, pro diversa materię consideratione utrumque dici posse, & dominum ædificii materię quoque dominum effici, & materiam prioris domini manere. Etenim si tigna vel cæmenta consideremus ut juncta & connexa ædificio, hac consideratione quandiu juncta maneat, ipsius ædificii sunt & domini totius (1): unde & dempta dicuntur in pristinam causam reverti, l. 59. *de rei vind.*

4 At si animum a conjunctione avertas, & ædificio quasi insuper habito tigna consideres in se, & ut seorsum substantiam suam habentia, non potest videri materię dominus jus suum amisisse: & ideo ea tigna, licet juncta, adhuc aliena ubique appellantur. Adeoque recte nunc dicemus, aliud esse materiam, aliud ædificium: ædium nomine quandam universitatem intelligi; materiam, cæmenta, tigna, lapides, res esse singulas, quæ ob id jure universi non utique censeantur. Hinc enim est, quod placet, eum, qui universas ædes possidet, non videri singula cæmenta possidere, eaque nec usucapere, l. 23. §. *ult. de rei vind.* l. 23. *de usuc.* & quod Ulpianus respon-

(1) L. 38. *diñ. titul.* 28. Part. 3.

det, eum, qui insulam petit, si victus postea cæmenta vel tigna petat, non videri idem petere, l. 7. §. 2. *de exc. rei jud.* nimirum quod necesse non sit, eum, qui ædium dominus est, materię quoque dominum esse, quam rationem & ipse mox subjicit.

5 Ne quis tignum eximere cogatur] Duplicem ego causam reperio, cur lege XII. Tab. vetita sit tigni alieni ædibus juncti vindicatio, & actio eo nomine ad exhibendum. Una est, ne ob id ædificia rescindi necesse sit, l. 1. *de tign. junct.* l. 7. §. 10. *hoc tit.* & hoc text. altera ne per hoc ruinis urbs deformatur, l. 2. §. *si quis* 17. l. *ult. ne quid in loc. publ.* l. 2. C. *de ædif. priv.* (2). Eadem lege & solutio tigni alieni vineis juncti prohibetur, ne scilicet turbetur vinearum cultura, l. 1. *de tign. junct.*

6 Sed duplum pro eo præstet] Ne dominus materię queri posset, injuriam sibi fieri, quod re sua quandiu ædificium manet, carere cogatur, data est in eum, qui junxit, actio de tigno juncto ad tigni æstimationem, & quidem in duplum, l. 1. *de tign. junct.* l. 23. §. *pen. de rei vind.* l. 6. *ad exhib.* Nec dubito, quin ea actio in duplum etiam adversus eum danda sit, qui bona fide junxit: id enim textus fere omnes arguunt, qui de hac actione loquantur.

7 Tunc eam vindicare] Etiam si post tempus usucapionis dissolutum sit ædificium: nam qui ædes possidet, non intelligitur singu-

Ce 2

(2) L. 16. *tit. 2. P. 3. l. 38. tit. 28. eod.*

la tigna possidere, ut notatum *sup.*

8, IN HISPANIA dominium tigni, quod quis ædibus suis junxit, sive bona, sive mala fide, domino ædificii quæritur, *l. 38. tit. 28. P. 3.* At in favorem prioris domini probata quoque est actio de tigno juncto in duplum, tam adversus eum, qui bona fide junxit in *l. 16. tit. 2. P. 3. vers.* Pero, & *seq.* quam in eum, qui id mala fide fecit in *d. l. 38. tit. 28. eod.* Cæterum in *vers.* Ca, si a sabiendas, cum *seq. dict. l. 16.* statutum invenimus, ut is, qui junxit mala fide, condemnatur quanti actor sua interesse dixerit præstito juramento, a Judice taxando. Quare dicendum videtur, in arbitrio actoris esse, duplum, aut quod sua intersit petere. In praxi si tignum bona fide fuerit junctum, solam ejus æstimationem concedendam, censent Galin. in *Phæn. lib. 3. tit. 2. §. 2.* & Torres *hoc text.*

TEXTUS.

De ædificatione ex sua materia in solo alieno.

30. *Ex diverso, si quis in alieno solo ex sua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus & solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo ædificare: & ideo licet diruta sit domus, materiam ta-*

(1) *L. 41. d. tit. 28. P. 3.*

men vindicare non potest. Certe illud constat, si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat, domum suam esse, nec solvat pretium materiæ, & mercedes fabricorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli; utique si bonæ fidei possessor fuerit qui ædificavit (1). Nam scienti solum alienum esse, potest obijci culpa, quod ædificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse (2).

COMMENTARIUS.

I **E**xplicatur hic species superioris contraria. Illuc quæsitum fuit de eo, qui ex aliena materia ædificavit in solo suo; hic quæritur de eo, qui ex sua materia ædificavit in solo alieno. De quo ex personis ædificantium & tempore varie constituitur, quantum quidem attinet ad materiam & impensas in ædificando factas: nam ad ædificii acquisitionem quod attinet, inter personas ædificantium nihil interest, sed illius semper fit dominus, cujus est solum, juxta regulam jam traditam & expositam §. *præcedenti.*

2 *Utique si non ignorabat*] Cum non de ædificio ipso, sed aut de materia aut de pretio materiæ aliisve impensis consequendis quæritur, non eadem omnium ædificantium in proposito ratio est: sed alia ejus, qui bona fide, dum suum putat, alia ejus, qui sciens prudens in alieno ædificavit. De materia ita jus est. Qui ex sua materia in alieno solo ædificavit

bo-

(2) *L. 42. eod.*

bona fide; is quamvis ædificium, quod posuit, solum sequatur, ac per hoc dominum soli, materiæ tamen proprietatem non amittit, arg. *hujus §.* in verbis a me notatis. Et ideo licet manente ædificio nullam de materia neque actionem neque exceptionem habeat, quibus consequi possit, ut materia separetur & sibi reddatur propter legem XII. Tab. de æstimatione tamen ei consultum est, de quo mox; & ædificio diruto, poterit ipsam materiam vindicare, *l. 2. C. de rei vind.* Qui autem ex sua materia in alieno ædificavit mala fide, placet, eum proprietatem materiæ amittere in tantum (1), ut ne diruto quidem ædificio eam vindicare possit. Cujus rei rationem hanc affert hic Justinianus post Cajum in *l. 7. §. 12. hoc tit.* quod sua voluntate materiam intelligatur alienasse, id est, donasse domino soli. Nimirum hæc juris adversus eum, qui non ignorat se in alieno ædificare, præsumptio est, arg. *l. 14. de donat. l. 53. de reg. jur.*

3 Cæterum si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri possit, licet sciens, non tamen animo donandi ædificasse: dissoluto ædificio, materiam vindicare non prohibetur, *l. 2. C. de rei vind.* Finge, aliquem in aliena area ædificasse, cujus bonæ fidei emptor fuit; verum ædificasse quo tempore jam sciebat alienam: negabo, id eum animo donandi fecisse; quippe cum spem haberet fore, ut aream usucaperet, arg. *l. 37. de rei vind.* Finge, ædifi-

(1) *D. l. 42. tit. 28. P. 3.*

casse in solo litigioso: dicam, id sui juris possessionisque tuendæ causa fecisse, non animo donandi, per *l. 2. C. eod. tit.* Finge denique, colonum aut inquilinum ædificasse in area conducta: dicam, id factum esse, quo commodius re conducta uterentur aut in ea habitarent, non quod materiam domino donare voluerint, *l. 55. §. 1. locat.*

4 *Si in possessione constituto ædificatore &c.*] Cum igitur stante ædificio ædificator, cujuscunque generis sit, nullam, ut dictum est, actionem aut exceptionem habeat, qua materiam ipsam consequatur, quæsitum est de materiæ æstimatione cæterisque impensis, quæ in ædificando factæ sunt, janne eas saltem ædificator remedio aliquo consequi possit? Atque hic iterum aliud atque aliud pro circumstantia temporis & conditione ædificantium servatur. Primum refert, possideat ædes ædificator, an non possideat. Si possideat, placet, eum impensas servare posse per retentionem, opposita doli mali exceptione, si dominus ædificium vindicet non oblata restitutione impensarum, *d. l. 7. §. 12. & hoc text.* nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & jactura fieri locupletior, *l. 14. de cond. indeb. junct. l. 1. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eousque duntaxat dandam, quo res facta est pretiosior, *l. 38. de rei vind.* & ita demum si fructuum ante litem contestatam

per-

perceptorum modum excedant, l. 48. eod. (1). Nam qui suum tantum recipere vult, nihil dolo facit, l. 129. de div. reg. jur. nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impensæ minuantur.

5 Si non possidet, nulla ei actio jure prodita est, qua pretium materiæ aut sumptus a se factos consequatur: quia constanter veteres scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse, quam per retentionem, opposita doli mali exceptione, si res a domino vindicetur, Papinianus l. 48. de rei vind. Julianus l. 33. de cond. ind. Paulus l. 14. de dol. mal. exc. Pomponius l. 21. ad SC. Trebell. Quamobrem cum hoc remedium nulli alii competere possit, quam possidenti; non licet contra manifestam rationem juris, & textus expressos aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, data scilicet ei ultro pro consequendis impensis actione, idque solo æquitatis obtentu, deficiente causa & fundamento, in quo actio radicetur, per l. 1. C. de legib. Quamvis autem hæc rationi juris convenienter se habeant; tamen inspecta æquitate & ratione naturalis, merito in iudiciis prævaluisse videtur sententia Martini Glossatoris, qui arg. l. 6. §. 3. de neg. gest. & l. 8. de pign. act. non possidenti concedit actionem utilem negotiorum gestorum, facit l. 32. de reb. cred.

6. Non obstat nobis l. 5. C. de

rei vind. ubi etiam malæ fidei possessor dicitur habere repetitionem necessariorum impensarum. Primum quia hic non de necessariis impensis quæritur, sed de utilibus. Deinde, quia ex eo, quod dicitur, impensarum esse repetitionem, non sequitur, illico ea nomine etiam esse actionem: sufficit enim repetitionem esse suo modo, per retentionem videlicet & exceptionem, quippe verbum repetitionis, uti & petitionis, etiam ad eum pertinet, qui exceptione utitur, l. 1. de except. l. 15. rat. rem haberi. neque aliter in d. l. 5. accipi potest, ubi agitur de ædificatore constituto in possessione, D. Donel. 20. comm. 7.

7 Utiq; si bonæ fidei possessor fuerit &c.] Non satis est ad servandas impensas, ædificatorem in possessione constitutum esse, nisi factæ sint bona fide: malæ fidei possessori hæc impensarum deductio denegata est, l. 37. de rei vind. l. 5. C. de ædific. priv. Quid igitur est, quod Paulus scribit l. 38. de her. pet. etiam in prædonis personâ haberi rationem impensarum, ne petitor ex aliena jactura locupletetur? Respond. Paulum non simpliciter dicere, etiam prædonem impensas deducere aut imputare, sive per retentionem opposita doli mali exceptione servare; verum in hujus quoque personâ haberi rationem impensarum necessariorum & utilium. Quod sic omnino accipi debet, ut necessarias quidem deducat [nam necessariorum impensarum deductio tributa est omni-

TEXTUS.

De plantatione.

mnibus possessoribus; etiam qui mala fide possident, l. 5. C. de rei vind. (1)]; utiles vero, de quibus solis hæc quæritur, sine læsione rei tollat, d. l. 37. de rei vind. l. 5. C. eod. Nam ita quoque in prædonis personâ utilium impensarum ratio habetur, quarum tollendarum stricto jure nulla ei potestas. Quid ergo si nolit petitor pati, ut utiles impensas tollat? Potest sane id. pro suo jure facere, l. 38. de rei vind. Sed hoc casu utiles quoque impensæ deducuntur, ne, quod ait Paulus, ex aliena jactura petitor lucrum sentiat: quæ ratio in utilibus impensis hoc demum casu locum habet, non autem si paratus sit petitor pati, ut tollantur (2). Ita D. Anton. Faber conject. 3. & dec. 26. err. 8. & segg. cui in hoc assentior. Quæstio universa de retentione rei ob sumptus in eam a possessore factos multas & magnas recipit varietates, tum ex personis possessorum & petitorum, tum ex causis & generibus sumptuum, quæ omnia sigillatim persequi, non est hujus loci. Vid. D. Donel. comm. 7. Menoch. rec. poss. rem. 15. n. 500. & seq. Gare. de expens. & meliorat. cap. 1. numero 24. & cap. 7.

8 IN HISPANIA etiam in casu hujus textus semper dominus, ædificii dominus erit tigni juncti, insuper habito an bona, vel mala fide fuerit junctum, arg. l. 38. tit. 28. P. 3. quam in calce superioris §. laudavimus.

(1) L. 44. dist. tit. 28. Part. 3.

31. Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit, si modo utroque casu radices egerit: ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietates ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non patitur, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit. Et ideo circa confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit (3).

COMMENTARIUS.

I Secunda species cessionis propositæ est plantarum positarum in alieno solo. Tria autem sunt, quæ hic & apud Cajum in l. 7. §. ult. hoc tit. docentur. Primum est, plantas in alieno solo positas ejus manere, cujus fuerant, usque dum radices egerint. Alterum, ex quo radices egerint, solo cadere & incipere ejus esse, cujus est solum. Tertium, nihil in proposita specie interesse, utrum quis in suo solo plantam alienam posuerit, an in

(2) D. l. 44.

(3) L. 43. eod.

solo alieno plantam suam. Ratio cessionis supra est exposita; cui etiam hæc accedit, quod plantæ non tantum in solo consistant, sed ubi radices egerint, etiam ex eo solo alimentum capiant & succum, citra quem vivere ac vegetari non possunt, l. 26. §. 2. hoc tit.

2 Si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit] Efficit hoc eadem ratio: sed hoc sic temperandum, si ea arbor in vicini fundum etiam integras aliquot radices egerit; nam si extremas tantum radicem partes in vicini fundum porrexerit, quamvis inde nonnihil alimenti capiat, ejus tamen manet, cujus in fundo origo ejus fuit; eo quod radices magis juxta arboris truncum spectandæ, quam partes earum extimæ. Et ita Pomponius in l. 6. §. ult. arb. fur. cæs. cum Gajo & Justiniano concilianctus.

3 IN HISPANIA licet l. 43. tit. 28. P. 3. loquatur tantum de eo, qui mala fide plantam suam in solo alieno posuit; tamen & eum, qui b. f. id fecit dominium plantæ amittere, postquam hæc in fundum alienum radices egerit, recte monet Gregor. Lopez gloss. 2. d. l. 43.

TEXTUS.

De satione.

32. Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Cæterum sicut

(1) L. 36. d. tit. 28. P. 3.

is, qui in alieno solo ædificavit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea, quæ diximus; ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consecit.

Hujus §. eadem plane sententia est, quæ superioris.

TEXTUS.

De scriptura.

33. Litteræ quoque licet aureæ sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut inseruntur. Ideoque si in chartis membranisque tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit; hujus corporis, non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est (1).

COMMENTARIUS.

I HÆC quarta species est hujus generis accessionis. Ait, litteras licet aureas, chartis membranisque cedere, perinde ac solo cedunt quæ inædificantur aut inseruntur, ut nimirum totius corporis idem sit dominus, qui &

char-

COMMENTARIUS.

chartæ aut membranarum fuit, eadem ratione, qua superiora, quod scilicet velut in alieno solo positæ habeantur, ac necesse sit ei rei eas cedere, sine qua esse non possunt; quæ Pauli ratio est hujus generis accessionum omnium communis, l. 23. §. 3. de rei vind.

2 Poterit se Titius defendere per except.] Non aliter tamen, quam si scriptura utilis sit domino chartæ, ut ea recepta locupletior fiat propter scripturam, arg. l. 38. de rei vindic.

TEXTUS.

De pictura.

34. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere; aliis videtur, picturam (qualiscunque sit) tabule cedere: sed nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis, vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si a domino tabulæ imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ; poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, eam possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur: quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli; utique si bonæ fidei possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod sive is, qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio (1).

Tom. I.

(1) L. 37. eod.

I Quinta & postrema hujus generis species est pictura, quæ & ipsa ex eadem ratione tabulæ, cui imposita est, cedit. Neque quicquam de jure cessionis mutat pretium picturæ; alioqui dicendum esset, nec ædificium aræ, nec purpuram vestimento, nec litteras aureas chartis cedere debere: naturale enim est, ut adjunctum cedat subjecto, hoc est, ei rei sine qua illud esse non potest, licet majoris sit pretii, ut disputat Paulus contra nonnullos veterum, qui de pictura contra sentiebant, l. 23. §. 3. de rei vindic. Cæterum Justinianus hic insuper habita & auctoritate & ratione Pauli, veterum illorum, inter quos & Gajus noster fuit, l. 9. §. 2. hoc tit. sententiam amplectitur, vultque nominatim quod iis placebat, in specie proposita subjectum cedere adjuncto, tabulam picturæ.

2 Rationem si quæras, scribit Paulus d. loc. eos, qui in pictura a communi acquirendi ratione recedendum putabant, ita sensisse propter pretium picturæ: quamvis ei hæc ratio tanti visa non sit, ut ob id diversum jus in pictura statui debuerit. Et sane non est, si ea de solo pretio rei pictæ accipiat: verum arbitror, veteres maxime pretium ipsius artis spectasse, cujus scilicet tanta sit dignitas, præstantia atque nobilitas, ut quæ ab ea profecta sunt, etiam prærogativam aliquam in re, de

dd

qua

qua agimus, mereantur. Sane vocis *picture* significatio id non impedit, quippe qua non minus ars ipsa pingendi, quam res aut tabula picta denotatur, veluti cum dicimus, certare pictura, docere, exercere picturam &c. Plinius *lib. 35. cap. 9. Certamen picture institutum est Corinthi ac Delphis.* Quanto autem hæc ars in pretio atque honore fuerit, vel ex eo æstimare licet, quod dignatione liberalium censeretur, & quidem in primo gradu: eamque solos ingenuos & honestos exercere fas esset, interdicto perpetuo, ne servitia docerentur, teste Plin. *dict. lib. 35. cap. 10.*

3 *Aliis videtur, picturem, qualiscunque sit, tabulæ cedere*] Hoc est, picturem, etiam quæ maximi pretii sit & nobilissimam, cedere tabulæ, cui imposita est, licet longe villiori. Inter hos autem & Paulus noster est, *d. l. 23. §. 3. de rei vind.* Cujus sententia cum aliis locis, a quibus commode separari non potuit, in contextum forte irrepsit. Qui negant, Paulum ab aliis dissensisse, eos oportet esse egregios dissidentium opinionum conciliatores.

4 *Picturam Apellis, vel Parrhasii*] Quid ergo, si non Apelles aliquis, aut Parrhasius, Zenxisve, aut Phidias; sed alius longe inferioris notæ pictor imaginem in aliena tabula posuerit? An dicemus imaginem, quam ille pinxit, tabulæ cedere, quia Justinianus insignium tantum pictorum mentionem facit? Mihi quidem non videtur ea mens esse Imperatoris, cum Cajus cujus senten-

tentiam *hic* sequitur & approbat, simpliciter pronuntiet, placere tabulas picture cedere, *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Et sane non satis rationi convenit, ob excellentiam alicujus artificis jus in universum mutari, quod *hic* factum est. Quamobrem existimo, Justinianum exempli tantum causa insignium horum pictorum meminisse; in universum autem non artificis, sed artis præstantiam, cum cæteris spectasse. De Apelle, Parrhasio, aliisque primæ notæ pictoribus antiquis vid. Plin. *d. loc.*

T E X T U S.

De fructibus bona fide perceptis.

35. *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit: naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura, & cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.*

C O M M E N T A R I U S.

I **M**odos acquirendi jure gentium dominii commodioris doctrinæ gratia ita supra distinximus, quod quædam eo ju-

jure nobis acquirantur facta nostro & occupatione, quædam solius rei nostræ beneficio ac potestate: in quibus tamen explicandis ordinem a Compositoribus servatum *hic* sequi necesse fuit: & fere jam hi modi etiam speciatim a nobis expositi sunt, omnes quidem omnino & singuli, quibus sine facto nostro, sola rei nostræ vi acquirimus: quibus vero facto nostro, paucis exceptis, scilicet inventione thesauri, & apprehensione rerum, quæ a dominis vel traduntur, vel pro derelictis habentur: de quibus adhuc postea dicendum.

2 Ad neutrum autem horum modorum videretur referri posse acquisitio fructuum ex re aliena bona fide possessa perceptorum. Neque enim fiunt bonæ fidei possessoris jure & potestate rei suæ, unde non nascuntur; neque solo ipsius facto, puta cultura, cura, perceptione: nam eadem ratione fierent & malæ fidei possessoris: neque ab alio percepti, agrove ab alio consito, bonæ fidei possessoris fierent, licet perceptio bonæ fidei possessori sit causa sine qua non. Denique nec ulla alia ratione videtur hæc forma acquisitionis defendi posse: nam cum inter cætera, quæ potestate rei nostræ acquirimus jure gentium, vel maxime sint fructus qui ex ea nascuntur, *l. 25. in pr. & §. 1. de usur. l. 2. & l. 6. hoc tit.* ejusdem quoque juris rationi convenire videntur, ut iidem fructus nostri manent, etiam cum a re, unde extiterunt, separati sunt. Nam si fructus pendentis pars sunt fundi,

& ejus qui fundi dominus est, *l. 44. de rei vind.* necesse est, etiam separatos ejusdem manere: id enim est, quod dicitur, meum esse, quod ex re mea superest, *l. 49. §. 1. d. tit.* Et res ita se habet.

3 Cæterum hic acquirendi modus anomalus est seu extraordinarius, & quasi exceptio; nisi malueris eum ampliationem appellare illius, per quem vi ac potestate rei nostræ acquirimus, quia nempe bonæ fidei possessor pro domino habetur, cum bona fides tantundem præstet possessori, quantum rei veritas, quotiens lex impedimento non est, ut traditur in *l. 136. de div. reg. jur.*

4 Res, quæ acquiruntur, sunt fructus. Fructus teste Varrone *4. de ling.* a ferendo dictus est, ut sit: *Omne id, quod res ferat.* Nostri, cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem redditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur: *Qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei jure percipiuntur*, cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, redditus annui: unde nec proprie fructus sunt, *l. usuræ 121. de verbor. sign. l. 62. de rei vind.* Sed in fructum numerantur, quia vicem fructuum obtinent, *l. 36. de usur. l. 29. de her. pet.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *l. 27. §. 1. & 3. seqq. d. tit.*

5 Naturales fructus sunt: Quos

natura ex re ipsa producit; eorumque duplex item potest esse consideratio; aut enim natura sola & sponte magis, quam diligentia hominis proveniunt, ut poma, olea, nuces, lignum, foenum; aut natura quidem adjutrice, cæterum facta magis & industria hominum: quos quia natura non producit, nisi accedat labor & industria hominis, industriales vulgus Interpp. appellavit; cuiusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata, l. 45. de usur. unde hæc distinctio petita. Huc item nonnulli referunt foetus pecudum, lac, pilum, lanam, arg. l. 7. §. 9. solut. matr. Don. 4. comm. 25. Menoch. de arb. cap. 120. num. 26. Et sane hæc absque cura & sumptu possessoris non proveniunt, sed tamen non ideo minus fructus naturales censeri oportere contendit Pinell. in l. 2. C. de resc. vend. p. 2. cap. 4. num. 52. & D. Tulden. cap. 45. Ego cum Bartolo in l. 35. de rei vind. Covarr. 1. resol. 3. num. 6. existimarem, non nihil hic tribuendum esse arbitrio Judicis: quamvis id ad quæstionem propositam parum faciat. Ut ut est, de utroque hoc genere disputatur hoc text.

6 In persona acquirentis duo exiguntur: ut possideat, hoc est, animo & affectu dominantis rem teneat, l. 13. §. 1. de publ. in rem act. & ut possideat bona fide, id est, justam causam habeat, ob quam existimet, rem ad se pertinere, l. bonæ fidei 109. de verb. sign.

7. Modus horum fructuum ac-

quirendorum est perceptio: nec interest an ipse possessor eos percipiat, an alius suo nomine, non possessoris, l. 13. quib. mod. ususfr. amitt. Percepti autem fructus intelliguntur simul atque a re, qua tenebantur, separati sunt. In fundo cum se terra continere desierunt, veluti spica aut foenocæso, uva adempta, excussa olea, nucibus & pomis dejectis aut deceptis, licet nondum collecti aut avecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, d. l. 13. In animalibus, cum foetus editus, lac expressum, lana detonsa est, l. 28. de usuris. Nonnunquam tamen verbo percipiendi aliquid amplius designatur, quam simplex illa, quam dixi, fructuum a re separatio; quomodo accipiendum, quod Paulus scribit in l. 48. hoc tit. fructus bonæ fidei possessoris fieri, etiam prius quam eos perceperit; nimirum prius quam perceperit plene & perfecte, prius quam eos collegerit, avexerit, quam spicam triverit, uvas, olivas expresserit, l. 78. de rei vindic.

8 Tribuitur igitur hæc acquisitio perceptioni. At quo jure, quave ratione? Naturali, ut ait Justinianus hæc, nimirum propter culturam & curam possessoris percipientis. Sed enim neque sola hæc acquisitionis hujus ratio est; neque præcipua, ut patet ex iis, quæ jam disputata sunt; & si culturæ tantum aut curæ ratio hic haberetur, hoc solum possessori concedendum esset, ut impensam & operam in colendo & curando præstitam imputet, atque ad

enim

eum duntaxat modum fructus deducere vel retinere possit, si aliter ei restitutio non fiat. Principalis vero ratio in persona possessoris quaerenda. Ea est bona fides, quippe quæ facit, ut possessor pene pro domino haberi debeat, l. 25. §. 1. de usur. d. l. 48. hoc tit. hinc non tantum fructus, sed & cætera fere omnia, quæ dominis tribuuntur, & bonæ fidei possessoribus tribuuntur.

9 Aliave justa causa æque bona fide acceperit] Duo his verbis requiruntur ut possessor fructus suos faciat: unum ut fundum seu rem acceperit bona fide, id est, existimans tradentem habuisse potestatem transferendi in eum dominium; alterum ut traditio sit facta ex justa causa, ea scilicet quæ sufficiens sit ad dominii translationem, ut venditio &c.

10 Ait, acceperit: etenim aliter nec possidet, nec putare potest rem suam esse, licet conventio præcesserit; non enim nudis pactis, sed traditionibus dominia rerum jure gentium transferuntur, l. 20. Cod. de pact. (1). Obiter addo, bonam fidem benigna juris interpretatione in possessore præsumi; atque inde esse, quod non ipse possessor de bona fide sua docere cogatur, sed adversarius contrarium ostendere debeat, l. 18. §. 1. de probat. l. penult. C. de evict. (2).

11 Fructus quos percepit ejus esse pro cultura, & cura] Cum in persona possessoris concurrunt ea quæ diximus, placet, sola perceptione, adeoque sola separa-

tionē a re, qua tenebantur, fructus possessoris fieri. Non interest, quo titulo possideat, oneroso, an lucrativo: nam & eum, qui ex causa donationis rem accepit, diserte eum emptore in hac quæstione exæquat Justinianus. Sed neque fructuum cæditio quicquam de hac acquisitione mutare videtur, & non tantum fructus industriales, sed naturales etiam ad hanc acquisitionis speciem pertinere. Nam generaliter atque indistincte loquitur hæc Imperator, & Jurisconsulti in l. bonæ fidei 48. hoc tit. quæ omnem dubitationem tollit, l. 78. de rei vind. l. 13. quib. mod. ususfr. amitt. in qua foenum, de quo negari non potest fructum esse naturalem, traditur fieri bonæ fidei possessoris, simul atque a solo separatam est. Ait quidem Justinianus hæc, fructus bonæ fidei possessoris fieri pro cultura & cura; at vix ulla res est, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat, coluntur enim agri, curantur pecora, putantur arbores, atque etiam oleæ attonderi & interditi gaudent, Plin. lib. 15. cap. 1. Sed & si qui fructus sine cultura aut cura proveniant, ut sylvæ cædæ, poma, nuces, alique fructus sylvestres, nihilo tamen minus huc pertinent. Nam ut non multo ante diximus, præcipua & adæquata fructuum acquisitionis ratio est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tanquam dominus jure soli fructus percipiat; & consequenter etiam eos percipiendos suos faciat, in quos neque

cul-

(1) L. 50. tit. 5. P. 5.

(2) L. 10. tit. 29. P. 3.

culturam neque curam ipse impendit, l. 25. §. 1. de usur. tantum quia raro accidit, ut fructus sine cultura aut cura proveniant, ratio hæc a Justiniano expressa est.

12 Non obstat l. fructus 45. de usur. quia loquitur de bonæ fidei possessore qui justum titulum non habet, conjuge scilicet cui conjux rem donaverat: donationes etenim inter virum & uxorem toto jure improbatæ sunt, tit. D. & C. de donat. inter vir. & uxor. Itaque Pompon. in d. l. 45. aperte facit in hoc argumento duo bonæ fidei possessorum genera per verba illa sicut cujuslibet b. f. possessoris: atque ita est; possessores namque b. f. justo titulo nixi, ut regulare est; & de quibus noster §. exaudiendus, etiam fructus naturales suos faciunt; secus qui eo destituuntur, id est, quorum titulum jus improbat: ne cui juris ignorantia in compendiis prosit, l. 4. 7. & 8. de jur. & fac. ign. Exempla quisque formare poterit. Nec sequitur; injuste seu titulo invalido possidet: ergo mala fidei. Possessor prædii minoris sine decreto alienati possidet injuste, bona tamen fide possidet, si ignorans rem minoris esse, aut in jure errans rem emit, fructusque industriales propter bonam fidem suos facit, l. 2. C. si quis ign. rem min.

13 De fructibus ab eo consumptis agere non potest] Hoc idem traditur §. 2. infr. de off. jud. & Paulus in l. 4. §. 2. fin. reg. ait, bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Unde sequitur ex contrario, de non consumptis,

hoc est, extantibus adhuc, licet a solo separatis, dominum agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari, quod & expresse traditum est, l. 22. C. de rei vind. (1), quam ob causam Africanus consumptos demum suos facere bonæ fidei possessorem scribit in l. 40. hoc tit. & Paul. in l. 4. §. 19. de usurp. & usucap. consumptos vel usucaptos: quia hi soli re evicta non restituuntur. Dabitandum autem non est, quin ut omnes, tam naturales quam industriales consumptos bonæ fidei possessor lucratur, ita vice versa, tam industriales quam naturales non consumptos teneatur restituere, arg. hujus §. & dd. loc. Nam quod maritus non restituit fructus industriales, licet adhuc extant, in specie l. 45. de usur. id hanc rationem habet, quod maritus eos permittente jure sibi acquisivit ex voluntate uxoris donatricis.

14 Ergo, inquires, falsum est, quod hæcenus probare conati sumus, sola perceptione fieri fructus bonæ fidei possessoris. Et utique falsum esset, si hæc eidem rei attribuerentur, & eadem ratione. Sed sciendum est, duplicem esse dominii acquisitionem: unam perpetuam, & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem; alteram temporalem & revocabilem ex causa superveniente, quæ dominii causam tollat; quale jus est mariti in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit; & heredis fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit; item heredis ad

re

re sub conditione legata, l. 66. de rei vind. l. 29. §. 1. qui & a quib. man. & tale quoque in proposito jus est bonæ fidei possessoris in perceptis necdum consumptis fructibus usque ad evictionem. Hoc autem jus sive dominium fructuum, consumptione irrevocabile fit.

15 De consumptis porro quaesitum est, an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem eorum teneatur, quatenus ex iis factus est locupletior. Et verius est, eum non teneri. Nam primo textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla distinctione negant, eorum nomine bonæ fidei possessorem teneri; & Imp. in l. 22. C. de rei vind. duntaxat eum teneri nomine extantium ajunt, quasi de consumptis inquirendum non sit. Adhæc, tantum tribuit bonæ fidei possessori consumpti, quantum usucapio, l. 4. §. 19. de usurp. & usucap. at usucaptorum nihil restituitur. Et postremo, quod bene notandum est, dicitur bonæ fidei possessor fructus consumptos lucrari, l. 4. §. 2. fin. reg. quod utique falsum esset, si eos, quatenus locupletatus esset, teneretur restituere: nemo enim sine lucro locupletatur.

16 Neque obstat, quod in judicio petitionis hereditatis bonæ fidei possessor teneatur in quantum locupletior factus est, l. 25. §. 11. l. 40. §. 1. de her. pet. l. 1. C. eod. Non enim eadem in proposito judicii universalis & rerum singularum petitionis ratio est. Nam nec titulum habet possessor he-

reditatis, & fructus ab eo percepti statim in numerum rerum hereditariarum recipiuntur, ipsamque augment hereditatem, ut nec ab initio quicquam hic suum faciat, aut consumptum postea lucratur; unde fit, ut eodem jure, quo ipsa corpora hereditaria, & fructus petantur, atque in restitutionem hereditatis veniant, l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. de her. pet. Deinde, petitio hereditatis non tantum in rem est, sed insuper habet præstationes personales, l. 7. C. de her. l. 25. §. 18. ff. eod. quarum ratione in locum rerum hereditariarum, quales etiam sunt fructus, eorum pretia succedunt, quibus proinde extantibus, res hereditariæ consumptæ haud intelliguntur. Itaque quando ex fructibus hereditatis possessor locupletior factus est, licet ipsi fructus in specie consumpti sint; tamen quoad effectus juris, in pretio seu æstimatione eorum, penes possessorem extare censentur; ut mirum non sit, horum nomine possessorem teneri, d. l. 25. §. 18. l. 20. §. 1. eod. In particularibus autem judiciis non solet res in locum pretii, aut contra succedere, l. 7. in fin. qui pot. in pign.

17 Ei vero, qui alienum fundum sciens] Fructuum juré soli acquisitio non tribuitur cuivis possessori, sed possessori bonæ fidei duntaxat: nam malæ fidei possessor, ut nullum jus in solo habet, ita nec illos fructus, aut percipiendo interim suos facit, aut consumendo lucratur; sed cogitur cum ipsa re, etiam fructus, licet consumpti sint, restituere, ut hic

&

(1) L. 39. tit. 28. P. 3.

& d. l. 22. C. de rei vind. Sed neque per retentionem, opposita doli mali exceptione sumptus a se factos servare poterit, si res vindicetur, argum. eorum, quæ tradidimus *supr. ad §. 30. & aliquot sequentibus eod.* exceptis sumptibus factis fructuum quærendorum gratia, l. 36. in fin. & l. seq. de her. pet. (1). Nec illud refert, ab initio quis mala fide possederit, an postea possidere cœperit; nam & hic ex eo tempore, quo cognovit rem alienam esse, fructus suos facere desinit, l. 23. §. 1. l. bonæ fidei 48. §. 1. hoc tit. Postremo huc pertinent possessores omnes post litem contestatam, §. 2. *infra de offic. jud. d. l. 22. C. de rei vind.* quoniam post motam controversiam possessores omnes in causa fructuum pares sunt, & quasi prædones tenentur, l. 25. §. 7. de her. pet. l. 10. C. de long. temp. præscript. ac proinde etsi fructus a bonæ fidei possessore ante iudicium percepti sint, sed post litem demum contestatam consumpti, nihilominus eo nomine condemnabitur: quia id omne restituendum est, quod habiturus esset peritor, si tempore iudicii accepti restitutio facta fuisset, l. 20. de rei vind.

18 In summa possessores malæ fidei, quales item habentur post litem inchoatam omnes, fructus omnes cum ipsa re restituere debent, d. l. 22. C. de rei vind. tenenturque eo nomine de extantibus rei vindicatione, de consumptis conditione, scilicet ad æstimationem, quæ vice rei fun-

(1) L. 42. tit. 28. P. 3.

gitur, l. 3. C. de cond. ex lege. Tenentur vero non tantum de perceptis, verum de iis quoque, qui non percepti honeste percipi potuerunt (2); in quo persona non possessoris, sed petitoris spectatur: neque hic possessori patrocinari debet, quod titulo possideat; quippe titulus a dolo non excusat; negligentia autem possessoris dolosi domino nocere non debet, quominus consequatur, quod consequi potuisset; si ipsi licuisset rem possidere, vid. l. 33. l. 62. §. 1. de rei vind.

19 IN HISPANIA fructus naturales non sunt bonæ fidei possessoris, l. 39. tit. 28. P. 3. De eo autem, qui bona fide possidet hereditatem ad se non pertinentem, generaliter statutum est l. 4. tit. 14. P. 6. non tenentur de fructibus consumptis, nulla adhibita distinctione, factus sit ex eis locupletior, neque. Cæterum Greg. Lop. in gloss. 2. ejusd. l. 4. hanc distinctionem, facit, prout jure Romanorum obtinere ex l. 25. §. 11. de her. pet. modo vidimus, vers. Neque, obstat.

TEXTUS.

A fructuario, & colono perceptis.

36. Is vero, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad heredes ejus non pertinent, sed

(2) L. 4. tit. 14. P. 6. vers. Mas.

domino proprietatis acquiruntur. Eadem fere & de colono dicuntur.

COMMENTARIUS.

I Disputatio de fructibus a bonæ fidei possessore perceptis occasionem Justiniano dedit, ut de jure, quod hic fructuarius & colonus habent, obiter aliquid subiceret. Hi in eo a bonæ fidei possessore differunt, quod fructus percipiunt ex voluntate domini, fructuarius jure servitutis sibi constitutæ, colonus ex conventionione; unde nec perceptorum fructuum quicquam restituunt. Quia autem jus in solo non habent, nec possident, sed alieno tantum nomine rem tenent, §. 5. vers. fructuarius, *infr. per quas pers. cuiq. acq.* non ut bonæ fidei possessores fructus acquirunt jure quasi domini aut soli, sed suo ipsorum duntaxat facto & perceptione.

2 Quam si ipse eos perceperit] Fiunt quidem fructuarii etiam sola perceptione, hoc est, statim atque a solo aut re, qua tenebantur, separati sunt, puta spica aut feno cæso, uva adempta, excussa olea, lana detonsa, lacte mulso. Cæterum non aliter, quam si ipse eos vel alius ejus nomine separaverit, l. 13. quib. mod. us. am. Quod si sponte deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit, non prius fructuarii fiunt, quam eorum possessionem nactus sit; quæ aliter se habent in bonæ fidei possessore, ut docuimus §. præced. Plane in foetu animalium ea-

Tom. I.

(1) L. 4. tit. 14. P. 6. vers. Ca segan.

dem fructuarii & bonæ fidei possessoris hic ratio est, statimque ut editus est, fructuarii fit, l. 28. de usur. quippe frustra spectes, ut separaretur, quod invita natura separari non potest; jubente ea satis separatur sine cujusquam facto.

3 Licet maturis fructibus &c.] Quamvis igitur maxima parte anni ususfructus steterit, & fructuarius suis impensis fundum fructuarium conserverit: si is messe nondum facta, licet segete messi jam matura decesserit; nihil in eo, quod terra tenetur, heres ejus juris habet, d. l. 13. sed tantum deducet impensas fructuum quærendorum gratia factas; quia fructus non intelligitur, nisi quod deductis impensis superest, l. 7. solut. matr. (1). Nec iniquum videri debet, quod dominus fundi ad lucrum, fructuarii labore & sumptuum partum vocetur: quippe cum contra fructuario, quamvis minima parte primi aut postrami anni steterit ususfructus, in solidam tribuantur fructus percepti; etiam pro ea parte, qua ususfructus non cœperat, aut postea finitus est, l. 27. de usuf.

4 Non obstat exemplum mariti in fructibus rei dotalis, quos placet soluto matrimonio dividi inter maritum aut ejus heredes, & uxorem pro rata temporis, quo matrimonium stetit, sive fructus a marito sint percepti, sive non sint, l. 7. §. 1. & seq. solut. matr. l. unie. §. 9. C. de rei ux. act. (2). Etenim fructus dotis non ideo marito cedunt, quia eos percepit,

Et

sed

(2) L. 26. tit. 11. P. 4.

sed propter onera matrimonii, quæ sustinere cogitur, l. 7. in princ. de jur. dot. l. 20. C. eod. (1).

5 De pensione rei fructuarie locatæ quæsitum, an si forte ususfructus aliqua tantum parte anni steterit, eam nihilominus integram fructuarius heresve ejus percipere debeat; an pro rata temporis dividi cum proprietario. Et refert, utrum res a fructuario locata talis sit, unde singulis annis semel fructus nascitur & percipitur, puta fundus; an talis cujus fructus non in alio consistit, quam in ejus rei usu sive commoditate, quæ ex eo usu quotidie percipitur, cujusmodi res sunt ædes, quarum fructus in eo est, ut inhabitentur; item servi, quorum fructus in operis. Fundo locato, si colonus fructus perceperit, merces totius anni debetur fructuario ejusve heredi; etiamsi ususfructus finitus sit multo ante tempore, quam ea merces ex locat. i. 58. de usuf. (2). In aliis vero rebus a fructuario locatis, quarum fructus in solo earum usu consistit, si intra tempora locationis ususfructus interierit, non majore ex parte pensio ad fructuarium heredemve ejus pertinet, quam pro rata temporis, quo ususfructus mansit; quod superest, pertinet ad proprietarium, ut responsum est locatis operis servi, l. si operas 26. dict. tit. Ratio est: quia fructuarius nec minus, nec plus per conductorem consequi debet, quam si ipse re

fructuaria usus esset: eleganter D. Donel. 10. comment. 9. estque hæc communis sententia. Vid. Joann. de Castillo tract. de usufruct. 77. & seq.

6 *Eadem fere & de colono dicuntur*] Duo de fructuario dicta sunt, eum non aliter dominum fructuum fieri, quam si ipse eos perceperit, non alius: item mortuo fructuario fructus pendentes quantumvis maturos non ad heredem fructuarii pertinere, sed acquiri domino proprietatis. Nunc ait, quæ de fructuario dicta sunt, ea fere & de colono dicenda esse. Tò fere caute adjectum est, ne quis putet, eandem utrisque per omnia in proposito rationem esse. Nam certe longe alia causa est heredis coloni atque fructuarii. Non enim sicut morte fructuarii finitur ususfructus, ita morte coloni finitur conductio, sed mortuo intra tempora conductionis colono, heres ejus in eam succedit, §. ultim. infr. de locat. l. 10. C. eod. (3). Si quid igitur hic est, quod tam de colono quam de fructuario dici possit, illud sit necesse est, quod colonus similiter ut fructuarius non aliter fructus suos faciat, quam si ipse eos perceperit: sin autem alius eos suo nomine a terra separaverit, non colono, sed domino fundi acquirantur, cui etiam ob id soli conductio competat; quod & verum est, aperteque traditum l. cum plures 60. §. messem 5. locat. cond.

TEX-

- (1) L. 25. vers. La tercera, Part. 5. in fin.
eod. (3) L. 2. d. tit. 8. P. 5. vers.
(2) Argum. l. 3. titul. 8. E si.

TEXTUS.

Quæ sunt in fructu.

37. *In pecudum fructu etiam fetus est, sicuti lac, pilus, & lana: itaque agni, hædi, & vituli, & equuli, & suculi, statim naturali jure domini fructuarii sunt. Partus vero ancille in fructu non est: itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit (1).*

COMMENTARIUS.

I **Q**ua ratione, & modo fructus suos faciat tum bonæ fidei possessor, tum fructuarius, ostensum est §§. proxime præcedent. exemplo fructuum, qui in fundis aut agris nascuntur. Quoniam vero etiam hominum & pecudum sūs fructus est, quem & ipsum bonæ fidei possessori & fructuario eadem ratione acquiri juri naturali conveniens est, ideo ne quid hic dubii relinqueretur, ostendere voluit, quænam in hominum & pecudum fructu habenda sint, quæ non sint: & ait, in pecudum fructu non tantum esse lac, pilum & lanam, sed foetum etiam. In hominum autem fructu quæ sint, non definit: sed partum ancillæ negat in fructu esse; & ideo, inquit, ad dominum proprietatis pertinet, ut & Cajus l. 28. §. 1. de usur. Nimirum uterque hoc significare vo-

luit, non ut foetus in fructu pecudum est; ita & partum ancillæ in hominis fructu ponendum: in hominum fructu ea duntaxat esse, quæ ex operis eorum percipiuntur, l. 4. de oper. serv. aut si quid acquirant ex re fructuarii, ejusve, qui eos bona fide possidet, §. 4. & seq. infr. per quas pers. cuiq. adquir. ac proinde etiam hæc sola ut fructus fructuario & bonæ fidei possessori acquiri: partum non acquiri, fructuario unquam; bonæ fidei possessori non aliter, quam si eum usuceperit, d. §. 4.

2 *Absurdum enim videbatur*]

Vetus fuit quæstio an partus ad fructuarium pertineret; cujus meminit Cicer. 2. de finib. cap. 6. ubi ait principes civitatis P. Scævola & M. Manilius existimasse hominem in fructu esse; Brutum dissensisse: cujus sententia obtinuit, teste Ulpian. in l. 68. de usuf. Cur autem non placuerit, partum in fructu esse, ejus rei hanc rationem reddit Cajus dict. l. 28. §. 1. de usur. & Imper. hoc loco, quod absurdum visum sit, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit; quæ ratio ducta est ex contrariis: quasi dicant: naturâ non potest eadem res, & fructus esse & id quod fructur: relata hæc sunt: relatorum unum nunquam potest esse alterum.

3 At enim ut verum fatear, nunquam hæc mihi ratio satis solida visa fuit. Cur enim magis absurdum, hominem in fructu homi-

Ee 2

nis

- (1) L. 23. tit. 31. P. 3. vers. Otrosi.

nis esse, quam hominem homini servire? Nec est in his ulla oppositio: *Fructus hominis causa comparati sunt: Homo est in fructu hominis.* Non enim hic idem eidem subjecto attribuitur, sed diversis. Quamobrem melior est & certe huic loco magis convenit illa Ulpiani ratio sumpta a fine & usu, quia ancillæ non ad hoc comparantur, ut pariant, sed ut servant, *l. 27. de her. pet.* Id autem solum in fructu alicujus rei esse intelligitur & ad fructuarium pertinere, quod percipitur ex eo usu, ad quem res parata est, vel natura vel patrisfam. instituto, *l. 9. §. 5. & seqq. l. 10. de usuf.* Quapropter, etsi nihil interest, partus in fructu sit necne; ad proprietarium pertineat, an ad fructuarium; uti neque ancillæ, quæ utique servire cogitur: ratio tamen habenda fuit honesti ac decori, cavendumque ne stupris vitetur dignitas humana, argum. *l. 44. de edil. edit.* Cæterum nihil amplius efficit hæc ratio, quam ut ne partus fructuario aut bonæ fidei possessori acquiri debeat: in cæteris enim partibus juris, in fructu sive redivo aut causa etiam partus computatur, *l. 8. l. 14. de usur. l. 24. §. 1. ad l. Falcid.*

TEXTUS.

De officio fructuarii.

38. *Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuarium submittere debet (ut & Juliano*

(1) *L. 22. tit. 31. P. 3.*

visum est); & in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. Recte enim colere, & quasi bonus paterfamilias uti debet (1).

COMMENTARIUS.

1 **L**ongius a via digreditur Imperator; sequendum tamen, quocumque trahit. Cum fructus omnes, sive ex re nascantur, sive per causam rei jure percipiuntur fructuarii lucro cedant, æquum est, ut is vicissim onera rei fructuariæ adjuncta agnoscat, juxta regulam naturæ, *l. 10. de div. reg. jur.* Inter onera autem, quæ fructuario incumbunt, hoc unum est, ut rem fructuariam teneat, *l. 44. de usuf.* Hæc autem tutio cum exigat, ut rem, quam accipit, integram & in suo statu conservet, quantum cura & reparatione fieri potest: ideo & curam ac diligentiam rei servandæ adversus imminentiæ pericula adhibere debet; & quidem talem, qualem diligens paterfam. suis rebus adhibere solet, *l. 65. eod.* & suo sumptu sarcire ac reparare, quæ vitii aliquid contraxerunt, aut discesserunt a priori integritate: puta si quid reficiendum est, sarta tecta præstare, animalia ægrota curare, gregem ex foetu supplere, in locum arborum demortuarum alias substituere: in summa recte colere, atque ut bonus paterfamilias uti, *l. 7. l. 18. l. 65. de usuf.*

2 **G**regis usumfructum] Ait gregis: nam si non gregis aut universitatis ususfructus nomine col-

lectivo legatus sit, sed singulorum capitum veluti centrum ovium, nihil supplere cogitur fructuarium, *l. 70. §. 3. de usufr.* quippe in his quæ numero certa sunt & designata, non est augmento locus: & tot sunt tunc ususfructus, quot sunt capita fructuarium, quorum uno mortuo, ususfructus iste extinguitur.

3 **Demortuorum capitum]** Hoc ideo quia si vi externa capita aliqua ex grege perierint, incendio puta, aut ruina stabuli, aut prædonum impetu, hos casus fructuarium præstare non debet, nec in locum amissorum alia substituere, arg. *l. 59. de usufr.*

4 **Ex foetu submittere]** Ait ex foetu. Neque enim de suo gregem supplere fructuarium cogitur, sed ex agnatis capitibus, hoc est, natis ex eodem grege, *l. 68. §. 2. eod.* Proinde si ex grege nondum ulla nata sint prioribus demortuis, aut si oves abortierunt, aut foetus perierunt, priusquam submitti possent; nihil supplere debet fructuarium. In locum quoque eorum capitum, quæ vel senio vel vitio corporis inutilia facta sunt, alia ex foetu submittenda, *l. 69. eod.*

5 **Submittere debet]** Submissionis effectus hic, ut substituta capita statim domini fiant, sicuti post substitutionem priora sive demortua; vel inutilia & vitiosa, fiunt fructuarii. Hæc enim ex natura fructus desinunt esse proprietarii, *d. l. 69. de usufruct.*

6 **Vinearum demortuarum, vel arborum]** Ait hic item demortua-

rum, sicut Paulus in *l. 18. eod.* nimirum ideo, quia in locum arborum vi tempestatis eversarum alias substituere non tenetur, *l. 59. eod. tit.* quippe usufructuarium omnia quidem, etiam quæ sine culpa ejus contingunt, sed sola rei interna incommoda ac detrimenta sustinet: quæ autem vi contingunt externa, nec a re ipsa proficiuntur, placet ad onus fructuarii non pertinere, ex regula & jure communi de casibus fortuitis, *l. 23. de div. reg. jur. l. 6. C. de pign. act.* Ulpian. in *l. 7. §. ult. de usufr.* scribit, fructuarium cogi & adserere arbores, id est, forare medullam arboris sterilis, & in eam fecundæ calamum immittere: in sitionis species pro genere. Qua forma Papinianus dixit adserere prolem, pro adoptare: sicut scilicet inforatione surculus truncum adoptat, Cujac. *II. abs. 36.*

TEXTUS.

De inventione thesauri.

39. *Thesaurus, quos quis in loco suo invenerit, Divus Hadrianus naturalem æquitatem secutus ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit; dimidium domino soli concessit, & dimidium inventori. Et convenienter si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, & dimidium esse Cæsaris statuit. Cui convenienter est, ut si quis in sacra-*

scali loco, vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, & dimidium fisci, vel civitatis.

COMMENTARIUS.

I *Thesaurus*] Thesaurus Græcis & Latinis idem est, quod Persis *Gaza*, nimirum quælibet divitiæ, quas in usum futurum asservamus aut recondimus. Nam & pecunia nuper deposita, & cujus dominus non ignoratur, passim thesaurus appellatur etiam apud nostros, ut in *l. 22. famil. ercisc. l. 15. ad exhib.* ac de tali quoque thesauro accipienda *l. 3. §. 3. de acquir. poss.* ut recte existimat Gothofredus. Locus quoque, in quo opes asservantur, thesaurus appellatur, Plutarch. in *Soloni*. Hinc per translationem Cic. *1. de orat. cap. 5.* memoriam dicit esse rerum omnium thesaurum.

2 Cæterum in questione de acquirendo rerum dominio, cum agitur de thesauro occupatione acquirendo, Jcti thesaurum appellant eam duntaxat pecuniam, quæ olim condita, nunc cum reperitur, a quo condita, aut cujus sit, ignoratur, *l. 31. §. 1. hoc tit. l. ix. C. de thesaur. lib. 10.* Convenienter nimirum argumento, quod tractant: cum non alius thesaurus sit idoneus, qui hoc modo acquiratur, quam qui dominum non habeat: nec repugnat communis & popularis loquendi consuetudo. Igitur in questione proposita thesaurus, definitore Paulo in *d. l. 31.* est: *Vetus quedam depositio pecuniæ, cujus non ex-*

tat memoria, ut jam dominum non habeat. Atque hinc jam etiam liquet, thesaurum quoque pertinere ad regulam juris gentium de rebus nullius: quanquam non per omnia in thesauro occupando & nostro faciendo idem servatur, quod in cæteris rebus, quæ nullius sunt. Nam cæteræ hujus generis res, quovis loco occupatæ, totæ sunt occupantis: thesaurus autem extra locum proprium repertus pro parte tantum dimidia. Sed & res cæteræ, quæ nullius sunt, sunt occupantis, etiamsi data opera quæsita sint in alieno: thesaurus in alieno quæsitus nullo modo. Quod quamobrem tam varie placitum, intelligetur non ita multo post.

3 *Quas quis in loco suo invenerit*] Sive data opera quæsitos, sive forte fortuna: tantum magicæ artes ad thesaurum in suo inveniendum prohibentur, quas & ubique excipi oportet, *d. l. un. C. de thes.* Ait in loco suo. Proprium locum accipere debemus etiam cum, in quo alius usufructum habet, arg. *pr. infra de her. inst.* Proinde si in eo loco proprietarius invenerit thesaurum, in suo invenisse intelligi debet, & totum sibi quæsisse. Si alius, pars dimidia inventoris, pars alteri proprietarii erit. Idemque dicendum est, si usufructuarius invenerit: quoniam thesaurus in fructu non computatur, *l. 63. §. 3. hoc tit.* Unde etiam est, quod thesaurus a marito in prædio dotali inventus, pro parte dimidia tantum mariti lucro cedat, pro altera dimidia sit restituendus, qua-

si in alieno inventus, *l. 7. §. 12. sol. matr.*

4 *Hadrianus naturalem aequitatem secutus*] Hoc est, securus regulam juris naturæ sive gentium de rebus, quæ nullius sunt, occupanti concedendis, *§. 12. sup. eod.* Nimirum cum etiam thesaurus numeretur inter ea, quæ nullius sunt, æquum esse censuit Hadrianus, etiam in thesauro occupato regulam istam servari, & quidem per omnia, si quis invenisset amico Hercule in suo: quippe qui & alia ratione ita repertum vindicare posse videatur, vel tanquam beneficium & commodum rei suæ, vel quod simile vero sit, eum a majoribus suis conditum esse; hæc enim ratio facit, ut in alieno reperti dimidium concedatur domino soli.

5 *Idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso*] Quod hic Hadrianum constituisse, refert Justinianus, id a fratribus Principibus civili ratione mutatum esse, existimant Accurs. *hic*, Duar. *de acq. rerum dom. cap. 4.* Don. *4. comm. 14.* Sic enim scribit Callist. *l. 3. §. pen. de jur. fisc.* *Si in locis fiscalibus, vel publicis, religiosive, aut monumentis thesauri reperti fuerint, Divi Fratres constituerunt, ut dimidia pars fisco vindicaretur.* Arbitror, commoda explicatione *diñ. l. 3. §. pen.* cum hoc nostro §. conciliari posse. Constituit Hadrianus, thesaurum ejus esse, qui eum invenisset in loco suo; addidit idem esse, etiamsi in loco sacro aut religioso repertus sit; nimirum ejus itidem esse, cujus est fun-

das, in quo loca ista sunt, perinde quasi in suo adhuc reperisset. Nam etsi loca sacra & religiosa nullius vere in bonis sint; ejus tamen aliquatenus sunt, cujus in usu & fundo sunt, & quodammodo juris privati, arg. *l. 5. & seq. de relig. l. 9. §. 1. ad l. Jul. pec. l. 24. de contr. empt.* Quid igitur Divi Fratres in *d. l. 3. §. pen. de jur. fisc.*? Constituerunt, inquit Callistratus, ut thesauri in locis fiscalibus, vel publicis, religiosive, aut monumentis reperti, pro parte dimidia fisco vindicarentur. Titulus ipse & rerum conjunctio ostendunt, loqui Impp. de locis religiosis similibus publicis, in quibus scilicet fisci jus habet, aut qui fisci quodammodo sunt, puta quod ad fiscum forte pervenerunt, juxta *l. 6. eod. tit.* vel quæ publice civium funeribus destinata sunt, cujusmodi tenuiorum tumulos in suburbanis fuisse, auctor est Aggen. Urbicus. In his locis eodem jure uti fiscum volunt, quo utitur in rebus publicis juris profani, aut quo utuntur privati in loco suo, sive profano sive religioso.

6 *Fortuito casu*] Thesaurus, quem inveni in loco meo, sive fortuitum, sive quæsitum, meus est; sin ille locus meus sacer est vel religiosus, non alias meus erit, quam si fortunæ quasi munere mihi oblatus fuerit, nullo adhibito perscrutandi studio; quod proculdubio ideo placuit, ne deuter occasio violandorum sepulchrorum, & aperiendi urnas defunctorum; si etiam studiose quæsitum, inventumque suum quis-

quisque faciat, sibi que habeat.

7 *At si quis in alieno* Cæteræ res, quæ nullius sunt, occupantium fiunt, etiamsi data opera in alieno quæsitæ sint, ut de feris bestiis in fundo alieno investigatis & captis diximus: thesaurus in alieno quæsitus & inventus ne pro parte quidem sit inventoris, sed totus dominio reddi jubetur, *d. l. un. C. de thes.* Ratio diversi juris hæc est: quod qui feram in alieno capit, aut rem puta pro derelicto habitam tollit, nihil fundo aut fundi domino nocet; ad thesaurum vero perveniri non potest sine effossionibus & manifesto damno fundi, in cuius visceribus thesaurus abditus jacet. Aliena autem effodere sine permissa domini, inque iis latentes rimari opes, merito vetitum, & poenâ, non præmio dignum, *d. l. un.*

8 *Dimidium domino soli* Thesaurus in alieno loco casu inventus, dum quis arat aut quid aliud in eo operis facit, pro dimidio inventoris fit, pars altera conceditur domino soli, *l. 63. §. pen. & ult. hoc tit. d. l. un. C. de thes.* Cui vero, inquis, non totus cedit inventor, sicuti cæteræ ejusdem generis res occupantis totæ sunt loco quoanque occupatæ, ut feræ bestię, res pro derelictis habitæ, gemmæ & lapilli inventi in litoribus? Nimirum quia illæ vere nullius sunt: thesaurus non est; quippe quem nemo eo animo abscondit, ut eum in numero rerum suarum esse nolit, sed ut tutiore loco custodiat; tantum ideo nullius esse dicitur, quia cuius

sit non apparet: nam etsi dominum per rerum naturam habeat, heredem scilicet ejus, qui eum defodit, quamvis per longissimam successionem primo domino succedentem; apud nos tamen non habet, quia a nobis dominus ignoratur: ob quam incertitudinem itum est ad hanc partitionem, ut pars una inventori, pars altera domino loci adjudicaretur. Tametsi enim pro inventore dici poterat, thesaurum, ut rem nullius, totum ei, qui invenit, tribui oportere, propterea quod de his, quæ non apparent, perinde judicandum sit, quasi non essent, *l. 77. de contr. empt.* dominum tamen loci, & sua & par ratio defendit, qui contra sibi thesaurum vindicans dicere potest, nihil esse verisimilius, quam quod a majoribus suis profectus sit: in proprio enim, quia tutius, non in alieno thesauros condi.

9, IN HISPANIA jus hucusque relatum de inventione thesauri probatum apparet in *l. 45. tit. 28. P. 3.* Cæterum jure recentiori, quod extat in *l. 1. tit. 13. lib. 6. Recop.* omnes thesauri Regis sunt; eorum tamen pars quarta inventori seu delatori tribuitur pro præmio. Licet enim *d. l. 1.* duntaxat videatur loqui de thesauris inventis in locis ad Regem pertinentibus; tamen generali consuetudine intellecta est de omnibus thesauris ubicunque inventis. Vide Joann. Gutier. late & docte examinantem hanc legem *lib. 4. præb. quest. 36. a n. 51.* & D. Covar. in *cap. Peccatum de reg.*

reg. jur. in 6. part. 3. §. 2. n. 4. ubi & justitiam hujus juris probant. In Germania, Gallia, Anglia, & alibi, etiam regio fisco applicantur thesauri, teste Grot. *2. de jure bell. cap. 8. n. 7.*
10, Animadvertere hic lubet, ad Regem quoque pertinere omnes fodinas auri, argenti & cujuslibet alterius metalli, uti etiam salis, *l. 2. & seqq. d. tit. 13. lib. 6. Recop.* quæ late de eis loquuntur, & quamnam pars, pro circumstantiarum varietate, inventori tribuenda sit, docent.

TEXTUS.

De traditione.

40. *Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi; & ideo cujuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, & a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria & tributaria prædia, quæ in Provinciis sunt: inter quæ, necnon & Italica prædia: ex nostra constitutione nulla est differentia: sed siquidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, si re dubio transferuntur (1).*

Tom. I.

(1) *L. 46. tit. 28. P. 3.*

I HÆC quoque acquisitionis species ad generalem occupationem referri debet: nam cum traditione rem acquiri dicimus, non intelligimus solum factum tradentis, sed ex effectu magis etiam rei traditæ acceptio- nem atque apprehensionem: quippe sine qua traditio non perficitur, hoc est, dominium non transfertur aut acquiritur, *l. 55. de obl. & act.* Differt autem hic modus acquirendi a superioribus ejusdem generis, quod earum rerum, quæ nullius sunt, acquirendarum ratio, præter apprehensionem nihil desiderat, quia occupantur sine cujusquam injuriâ; quæ ex hostibus capiuntur, invitis dominis ad nos transeunt jure belli: in specie autem proposita non satis est, nasciscendi domini causa rem apprehendisse, nisi & voluntate domini in hoc tradita sit; quod omnino hic exigit ratio juris gentium, *d. l. 55. l. 11. de div. reg. jur.* Et quia nemo eo animo est, ut velit rem suam in alium transferre sine causa, inde est, quod cum in cæteris omnibus juris gentium acquisitionibus modus acquirendi idem sit & causa sive titulus (verbi causa occupatio feræ bestię est & modus acquirendi & titulus); ea in hac specie perpetuo distinguantur. Modus acquirendi est traditio, vel potius rei traditæ acceptio & apprehensio: titulus, veluti emptio, permutatio, donatio cæteræque causæ, ex quibus re a

FF

domino tradita dominium in accipientem transit, si vero a non domino tradatur jus usucapiendi, *l. 31. hoc tit. l. 1. & seqq. de publ. in rem act.*

2 *Per traditionem*] Traditio est vel vera, & in re mobili est: *De manu in manum translatio*: in re soli: *In possessionem inductio*: vel ficta: *Que commoditatis causa fit vel brevi manu, vel actu aliquo corporis, aut nota siue symbolo, quod veram traditionem representet.* Non minus vero ficta & symbolica traditione dominium in accipientem transit, quam vera & naturali, §. 43. & *seq. infr. eod.* (1). At citra ullam traditionem nudis & solis pactis dominium non transfertur, etiamsi id agatur in negotio gerendo, ut transeat: verbi causa, placuit inter nos, ut mea res esset tua; licet id placuerit esse justa causa, puta quia eam tibi vendidi, non ante tamen tua erit, quam a me tibi tradita sit, *l. 20. C. de pact.* (2). Cur vero ad dominium transferendum non placet sufficere nudam convenientium voluntatem? Nimirum quia nemo ex ratione juris gentium facto suo rem (sive ea nullius sit sive alterius) acquirat, nisi cujus potestati & manui subjecta sit: quod ita quisque consequitur, si eam apprehenderit, si possessionem ejus nanciscatur, arg. *l. 1. de acq. poss.* Non aliter autem possessio rei alienæ apprehendi & per eam potestati nostræ res subici potest, quam si dominus eam tradiderit, in cujus tan-

(1) *L. 6. cum seqq. tit. 30. P. 3. junct. l. 47. tit. 28. d. P. 3.*

diu potestate est & manet.

3 Sed posito eo, quod diximus, & quæ veterum sane omnium sententia fuit, traditione, non nuda conventionione dominium jure naturali siue gentium acquiri, quæsitum porro ab Interpp. est, an in proposito ad dominium transferendum sufficiat rem qualiter qualiter tradidisse, dum ea tradita sit vacua ab omni detentore, qui apprehensionem impediatur; an vero ad eam rem necesse sit tradere rei vacuum & plenam possessionem? Breviter: an res ab alio possessa ita alicui tradi possit, ut dominium in eum transeat. Finge ita: fundum tibi vendidi, qui ab alio bona fide possidebatur, & dum forte possessor peregre abest, eum tibi tradidi dominium transferendi causa; tu ita eum ingressus es eo animo, ut capias quod traditur, & dominus fias. Et probabilius videtur non sufficere: nam ideo traditio necessaria est ad translationem dominii jure gentium, quia ratio juris gentium exigit, ut quod facto nostro acquiritur, prius potestati nostræ subiciatur. At vero res potestati nostræ subjecta dici non potest, cujus plenam possessionem, eamque, quæ avelli non possit, nactus non sumus, *l. 22. de adq. poss. l. 13. §. 1. de verbor. sign.* Neque potest in nos transferri possessio justa ejus rei, quam alius possidet, quandiu possidet, & vel animo retinet possessionem, *l. 3. §. 5. & 7. l. 6. §. ult. de acquir. poss.*

4 Non obstat *l. si fundum* 16.

(2) *L. 50. tit. 5. P. 5.*

de fund. dot. quia *ibi* nullo modo fundus marito fuit traditus, sed tantum mulier cessit ipsi actionem in rem seu vindicationem quam ea habebat. Juvat hanc interpretationem *locus ipse*, in quo tum quod nulla fit mentio traditionis, tum quod maritus dicitur fundum a Titio petere debuisse, argumento est Titium ipsum fuisse & mansisse in possessione, nihilque marito ne corporaliter quidem traditum & tenendum datum. Unde hic casus quæstioni propositæ non quadrat.

5 Plane sufficit tradentem vere possidere, licet alius in possessione sit, hoc est, rem detineat: nam jus detentionis non impedire, quominus simplici traditione possessio, & per eam dominium transferatur, ostendit *l. 14. & tot. tit. quæ in fraud. cred.* Nec obstat quod dicitur in *l. 2. §. 1. de action. empt.* vacuum possessionem emptori traditam non intelligi, si creditores bona possideant. Hoc enim ad obligationem venditoris pertinet, quæ hoc exigit, non tantum, ut res præstetur vacua ab omni vero possessore, sed etiam ab alio omni, qui jus aliud vel detentionem habeat, cujusmodi habent creditores, qui morante porro debitore, etiam secundum decretum petere & impetrare possunt. Illud meminisse oportet, disputare nos de acquirendo rerum dominio jure gentium: nam quin jure civili multis ex causis sine possessione acquiratur, veluti aditione hereditatis, agnitione bonorum possessionis, legati, fideicommissi, dubium

non est. Utilitatis quoque causa jure singulari in quibusdam causis receptum, ut cui possessio non acquiritur aut acquiri non potest est deficiente animo, ei simplici apprehensione acquiratur dominium, eo qui tradit amittente possessionem, vide *l. liber 19. hoc tit. junct. l. peregre 44. §. 1. de adq. possess. l. 13. de donat.* add. *Cont. lib. 1. disput. 8. Hottoman. illust. quæst. 11.*

6 *Voluntatem domini*] Est enim suæ quisque rei moderator & arbiter, *l. 21. C. mand.* Ceterum, ut quis velle rem suam transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent: ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat; ut justam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promisit &c. Illud, quia nemo, qui errans in dominio rei suæ, suam esse ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo est, ut eam transferat, *l. 35. hoc tit.* Ajo, in dominio rei suæ: nam si quis non erret in re sua, non in ea, de qua transferenda agitur, sed in re alia, puta in causa debendi; hic error alienationi non obstat: & ideo indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est. Hoc, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli: *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut alia justa causa præcesserit, propter quam traditio secuta sit, l. 31. hoc tit.* Nec dicat quisquam id requiri superflue, cum si nulla causa adsit, præsumi debeat donatio, arg. *l. 47. de oper. lib.*

Quoniam hoc tunc solum locum habet, cum res consulto data est, l. 53. de div. reg. jur. Illud non refert, an revera præcesserit causa, an opinione tradentis, ut patet in solutione indebiti.

7 Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam, tu ex alia accipias; an hæc in causis tradendi & accipiendi dissensio impediatur dominii translationem. Et siquidem in tradente nulla sit causa dominii transferendi, vel in capiente nulla nanciscendi; ut si ego deponam apud te pecuniam, tu quasi mutuam aut donatam accipias, aut e converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuam, tu quasi commodatam accipias ostentandi causa, certum est, dominium non transferri, l. 18. §. 1. de reb. cred. Non enim hic concurrunt affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus, l. 55. de obl. & act. At si utrinque subesse existimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti si tibi dem fundum tanquam a me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias; vel si ego tibi tradam pecuniam donandi animo, tu accipias quasi creditam, hic, quia ex utraque causa id pariter agitur, ut dominium transferatur, uto traditionem efficacem esse: idque & Julianus generaliter probat, l. 36. hoc tit.

8 Videtur autem a Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cum pecuniam tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuam accipis, d. l. 18. pr. de reb.

cred. Primum negat hic esse donationem, sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait, nec mutuam esse. Nec hoc quidem negaverit Julianus, quia mutua data non est. Sed quod addit postea: *Magisque nummos accipientis non fieri*; in eo dixeris eum dissentire a Juliano, qui generaliter definit, dissensum in causis transferendi non obstare translationi, cum in corpus quod traditur, consentimus; & hanc regulam etiam eodem exemplo declarat d. l. 36. quod proponitur ab Ulpiano d. l. 18. Connan. 3. comm. 7. & Don. 4. comm. 18. & ad d. l. 18. de reb. cred. ajunt, verba hæc Ulpiani: *Magisque nummos accipientis non fieri*, duplicem posse pati interpretationem: posse sic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis: posse etiam sic, ut non fiant perfecte, non irrevocabiliter, ex comparatione acquisitionis scilicet rei donatæ, arg. l. 71. de verb. sign. l. 38. §. 3. de solut. fiant tamen eo effectu, ut etiamsi adhuc extant, vindicari nequeant; consumpti, nec efficaciter condici. Atque hoc posteriore modo verba Ulpiani accipienda esse propter generalem Juliani definitionem. Et videtur aliquo modo suadere hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano subjecta: *Cum alia opinione acceperit*; quippe qui donatum sibi, tanquam mutuam accipit, non eo animo est, ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter, & sine obligatione restituendi tantundem, tanquam ex causa donationis. A-

liam

liam hujus pugnae sedandæ rationem tradit Averan. lib. 1. interpret. jur. cap. 17.

9 *Cujuscunque generis sit*] Modo ne talis, cujus alienatio prohibita, ut fundus dotalis: aut ne causa, ex qua traditur jure improbata, ut donatio inter virum & uxorem. Ait autem *cujuscunque generis sit*, ut significet, non solas nunc res nec mancipi, ut olim, simplici traditione & nudo naturali actu, pleno jure transferri: sed etiam res mancipi, cujusmodi erant prædia & prædiorum jura in Italico solo, servi & quadrupedes, quæ dorso collove domantur, & olim non abalienabantur ex jure Quiritium sine actu civili, sine nexu aut cessionis in jure solemnitate. Vid. Ulpian. tit. 19. in fragm. Rævard. ad l. XII. Tab. cap. 16.

10 *Corporalis res*] Nam res incorporales proprie traditionem non recipiunt, l. 3. §. si iter 2. de act. empt. l. 43. §. 1. hoc tit. ut nec possessionem, l. 4. §. 27. de usurp. & usuc. Sed est in his, quod vice traditionis fungatur, patientia domini, & vice apprehensionis possessionisque est usus illius, cui dominus hujusmodi jus quæsitum vult, l. ult. de servit. l. 3. in pr. de usuf. (1).

11 *Tradita alienatur*] Non minus videlicet pleno jure, quam si mancipata aut in jure cessa esset, sublato antiquo discrimine dominii, l. un. C. de nud. jur. Quir. toll. Etenim duo antiquitus fuere dominiorum genera: naturale unum, quod in bonis; alterum

civile sive legitimum, quod ex jure Quiritium appellabatur, & vel nudum erat vel plenum. Si verbi causa civis Romanus a cive Romano servum emisset, isque ei traditus esset, neque tamen mancipatus aut cessus in jure, anove ab eo possessus, is servus in bonis quidem emptoris erat; sed eo jure manebat venditoris, quando mancipatus, in jure cessus aut usucapius non esset. Jus hoc Quiritium sibi asserebat, qui vindicabat hac vulgata formula: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo*, l. 1. de rei vindic. Vide Theophil. tit. de libert. Ulpian. d. tit. 19. Brisson. 4. antiq. 22. Rævard. d. cap. 16. Erat autem ejus, qui in bonis habebat causa potior, quam domini ex jure Quiritium: nam si servus alterius in bonis, alterius ex jure Quiritium esset, ex omnibus causis acquirebat ei, cujus in bonis erat, Ulp. d. tit. 19. §. pen. Quae de causa Justinianus nudum hoc & inane Quiritium jus sustulit, d. l. un. C. de nud. jur. Quirit. toll.

12 *Stipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur*] Id est, plenum eorum dominium transfertur: quod olim fieri non poterat, per ea quæ dicimus *infr. in pr. de usucap. vers. Immobilis*: nunc potest post æquationem juris prædiorum provincialium & Italicorum a Justiniano factam, l. un. C. de usucap. transf. Qui de his plura desideret adeat Petrum Burmannum qui de

de-

(1) L. 1. tit. 30. P. 3.

veſtigalibus pop. Rom. ſcripſit ex profeſſo.

TEXTUS.

Limitatio.

41. *Venditæ vero res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam ſi is venditori pretium ſolverit, vel alio modo ei ſatiſfecerit; veluti expromiſſore, aut pignore dato: quod quanquam cavetur lege XII. Tabularum, tamen recte dicitur & jure gentium, id eſt, jure naturali id effici. Sed ſi is, qui vendidit, fidem emptoris ſecutus fuerit, dicendum eſt, ſtatim rem emptoris fieri (1).*

COMMENTARIUS.

1 **Q**uod hic traditur, proprium eſt emptionis. Ex alia cauſa ſi quis rem ſuam ſciens tradiderit, ſtatim eam facit accipientis, neque amplius quicquam ad translationem domini requirimus: in emptione vero & tertium exigitur, ut pretium ſolum ſit, aut neceſſitas ejus ſolvendi in præſentia remiſſa. Cur vero tam varie? Nimirum quia in cæteris, qui rem ſuam ſcientes ex juſta cauſa tradunt, veluti ex cauſa donationis, dotis, legati &c. voluntas transferendi manifeſta eſt; in venditore non eſt, ſi nihil amplius de voluntate ejus conſtet: quippe qui ex communi hominum ſenſu hac lege & conditione potius rem, quam vendidit & tradidit, transferre voluiſſe cenſeri

(1) L. 46. tit. 28. P. 3.

debeat: *Si pecunia ſibi ſoluta ſit* (hanc enim ſpectat & protinus ſibi numerari velle videtur, qui rem vendit), quam animum habuiſſe rem ſuam pure & ſimpliciter in emptorem transferendi. Conſtat autem, ejus quod ſub conditione datur aut traditur, dominium in accipientem non ſtatim transire, l. 8. de reb. cred.

2 *Vel alio modo ei ſatiſfecerit*] Traditur hoc idem l. 19. de contr. empt. Satiſfaciendi verbum generalius eſt, quam ſolvendi. Qui ſolvit, utique & ſatiſfacit: at non omnis ſatiſfactio ſolutio eſt. Satiſfacit & qui non liberatur, veluti ſi quis fidejuſſorem vel pignora det: ſolutione vero obligatio tollitur. Ait, *ei ſatiſfecerit*, nimirum venditori volenti, & fidejuſſorem vel pignus loco ſolutionis accipienti: neque enim cogitur creditor admittere ſatiſfactionem vice ſolutionis, l. 6. §. 1. quib. mod. pign. l. 10. de pign. act. non magis quam ſolutionem alterius rei, quam quæ debetur, l. 2. §. 1. de reb. cred. l. 16. & ſeq. C. de ſolut.

3 *Expromiſſore*] Hoc nomine etiam fidejuſſor hic intelligi videtur, ut in l. 4. §. 3. de re judic. Certum enim eſt, tam fidejuſſore, quam expromiſſore dato, rem emptoris fieri, l. 53. de contr. emptio. Enimvero cum proprie loquantur Juriconſulti, fidejuſſorem, quem alio nomine adpromiſſorem vocant, ſeparant ab expromiſſore: de quo *infr. in pr. de fidejuſ.*

4 *Quanquam cavetur lege XII.*

Ta-

Tabul.] Pleraque, quæ lege XII. Tabularum cautæ ſunt, rationem civilem habent, formulasque & ſolemnia ſpectant, ut liquet ex fragmentis, quæ a viris doctis collecta in manibus ſtudioſorum verſantur: non tamen omnia. Nam quod placet, rem venditam non aliter emptoris fieri, quam ſi pretium venditori ſolutum ſit, aut ſatis eo nomine factum, id jure & ratione naturali, ea, quam dixi, efficitur: & tamen id ipſum quoque lege XII. Tab. cautum. Non recte igitur ſic collegeris: id cautum eſt lege civili: ergo eſt juris mere poſitivi; aut, ergo id non efficitur jure gentium ſive naturali.

5 *Fidem emptoris ſecutus fuerit*] Id eſt, fidem emptori de pretio haberi ſine ulla ſatiſfactione, d. l. 19. de contr. empt. quod ex circumſtantiis æſtimandum, veluti ſi dies ſolutioni dicta ſit, l. 3. C. de pact. int. empt. & vend. aut ſi, cum emptor pecuniam ad manum non habuerit, venditor dixerit: *I, licet: nunc non requiro: poſtea dabis.* Plane ſi nulla mentio facta ſit de pretio poſtea ſolvendo ex eo ſolo, quod venditor rem tradidit, cenſeri non debet fidem emptori habuiſſe, ut hic locus & d. l. 19. apertiffime oſtendunt.

TEXTUS.

Ampliatio.

42. *Nihil autem interest, utrum ipſe dominus tradat alicui rem ſuam, an voluntate ejus a-*

lius, cui ejus rei poſſeſſio permiſſa ſit (1). Qua ratione ſi cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio permiſſa fuerit a domino, iſque ex his negotiis rem vendiderit & tradiderit; faciet eam accipientis.

COMMENTARIUS.

1 **C**um ad dominium traditione transferendum neceſſe ſit, ut dictum eſt, ut res tradatur a domino, hoc nunc ex Cajo, l. 9. §. 4. hoc tit. declarat Imp. atque ſic eſſe accipiendum ait, ut nihil interſit, utrum dominus ipſe per ſe rem alicui tradat, an alius voluntate ejus: quippe quod quis per alium facit, dum ei mandat aut jubet ut faciat, id ipſe facere videtur, l. 3. §. 3. de adm. tut. l. 1. §. 12. de vi, & de vi arm.

2 *Cui ejus rei poſſeſſio permiſſa ſit*] Hotom. reſtituit: *Cui ejus rei poſteſtas permiſſa ſit*; quod quidem ſenſum habet commodiorum: ſed tota hæc adjectio abeſt a Cajo & Paraphraſte Græco. Unde ſuſpicor, glosſema eſſe, quod in textum reptavit: ob eamque cauſam etiam a Cujacio hic omiſſum.

3 *Si cui libera univerſorum negotiorum*] Si nominatim alicui mandatum ſit, ut rem tradat, nemo ambigit, quin ſi mandato perſeverante id faciat, dominium ejus rei transferatur in accipientem, l. 11. §. ult. de pign. act. nec ulla hic exceptio eſt, quoniam in ſpeciali mandato non poteſt dubitari de voluntate domini.

An

(1) D. l. 46. tit. 28. P. 3.

4 An autem & mandati generalis hæc vis sit, ut procurator, cui universorum negotiorum administratio permissa est, possit rem ad administrationem suam pertinentem sine exceptione alienare aut in alium transferre, quæri solet. DD. comm. duo genera ejusmodi procuratorum faciunt: unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio commissa est; alterum quibus commissa est libera, nominatim scilicet hoc adjecto: & procuratorem *cum libera* (sic loquuntur) etiam jus rem alienandi habere contendunt, modo ne id fiat animo donandi; eum autem, cui simpliciter administratio mandata est, nihil alienare posse præter fructus aut res alias, quæ facile corrumpi possunt. Verum hæc distinctio, ut commentitia & veteribus incognita, a Duar. ad l. 1. §. *per procuratorem* 20. *de adq. poss.* Don. 4. *comment.* 15. & aliis nonnullis doctis viris rejicitur.

5 Et vero si ex mandato æstimandum, quid cuique liceat in re aliena, dicendum omnino videtur, parem esse debere horum procuratorum potestatem; nec quod alteri non licet, id alteri in re dominica licere. Quid enim interest, simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo, *libera*? Non magis hæc differunt, quam heres simpliciter institutus & institutus ex asse. Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur: quippe quam libere e-

xercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cujusmodicumque mandato non continetur: qualia sunt donatio, l. 7. *de donat.* manumissio, l. 13. *de manumiss.* rei dominicæ pro alio obligatio, l. 1. §. 1. *quæ res pign. dat.* liberatio pignoris aut hypothecæ, l. 7. §. 1. *quib. modis pign. vel hypoth.* quævis alia juris dominici remissio, l. 60. *de procur.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio administrationis, l. 63. *de procurat.* junct. l. 12. & ult. *de cur. fur.* l. 16. *C. de procur.* l. 1. §. 1. *de offic. proc. Cæs.*

TEXTUS.

De traditione ficta brevis manus.

43. *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam: veluti si rem, quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud te deposuerit, postea aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit; eo tamen ipso, quod prætatur tuam esse, statim tibi acquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset (1).*

COMMENTARIUS.

I **D**ictum est in explicatione §. 40. *supr. eod. dominia rerum transferri non videtur* pa-

factis, sed traditione. Nihil autem interesse, an vere traditio fiat & naturaliter; an ficta & per representationem. Fictæ traditionis usus in rebus incorporalibus necessarius est, utpote quæ naturâ traditionem non recipiunt, l. 43. §. 1. *hoc tit.* pro traditione autem in his est utendi concessio, l. ult. *de servit.* l. 3. *de usufr.* (1); in aliis rebus propter commoditatem recepta, quo expeditior esset ratio commerciorum. Et in his rebus fingitur traditio intervenire, si ea vel notâ sive symbolo, aut alia re quapiam representetur, vel res geratur brevi manu. De ea, quæ symbolo fit, dicitur §. *proximo.* Fictione brevis manus traditio fit: *Cum celeritatis seu commoditatis gratia fingitur, veram traditionem iterato fieri: ut cum vel rem meam, quæ apud te sit, ex alia causa tibi vendo aut dono, ad quam speciem pertinent exempla hoc §. proposita ex Cajo l. 9. §. 5. eod. vel cum eum, qui mihi dare volebat aut debebat, jussero tibi dare, l. 3. §. pen. & ult. de don. inter vir. & uxor.* In 1. casu fingitur, rem tradi mihi a te, & iterum tibi a me: in 2. rem mihi tradi a debitore, & a me tibi.

2 Eadem fictio intervenit & in iis, quæ singulariter circa pecuniam ereditam recepta esse, scribit Ulp. l. 15. *de reb. cred.* sive res geratur inter tres personas, veluti si Titium pecuniam, quam mihi debebat, jusserim Sejo matuo dare: sive inter duas, puta si convenerit, ut pecuniam,

Tom. I.

(1) L. 1. tit. 30. d. P. 3. vers. Ca las cosas.

quam tu mihi ex mandati causa debes, crediti nomine retineas; in utraque enim hac specie fingitur mihi data pecunia, & a me ad te, aut ad Sejum profecta; quamquam Africanus stricti juris retinentior fictionem istam non videtur admittere in specie posteriore, vide l. 34. *mand.* ejusque interpretem Cujac. 8. *ad African.* Sunt tamen, qui putant, absentiam debitoris impedire fictionem brevis manus, quasi factum fingi non possit jure, nisi & per rerum naturam fieri potuerit, per l. 43. §. 2. *de furt.* & ideo Ulpiani sententiam admittendam censent, si debitor præsens sit, & paratus pecuniam numerare: Africani, in debitore absente, aut qui pecuniam ad manum non habeat: quippe diserte Africanum loqui de eo, qui epistolam misit ad creditorem, ac proinde de eo, qui absit, D. Don. in d. l. 15. *de reb. cred. num.* 22. & seqq.

3 *Nuda voluntas*] Ex comparatione ejus rei, cui *hoc loco* opponitur, id est, nuda a vera & naturali traditione, quæ causam transferendi sequatur. Nam si nuda sit ab omni non tantum reali, sed etiam ficta & symbolica traditione, sola voluntas dominium transferre non potest. Eodem sensu quarundam rerum possessio animo apprehendi dicitur, l. *anteq. de adq. poss.* nimirum oppositive ad actualem & naturalem apprehensionem.

4, IN HISPANIA absentia non, impedit hanc fictionem, l. 47. *tit.* 28. P. 3.

Gg

TEX-

(1) L. 47. tit. 28. P. 3.

TEXTUS.

De traditione clavium.

44. *Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem (1).*

COMMENTARIUS.

I *Hoc* §. agitur de eo genere fictæ traditionis, quæ nota aliqua aut symbolo veram repræsentat, cujus una species proponitur, si mercibus certo loco conclusis, quas dominus mihi traditas velit, claves ejus loci mihi tradantur, l. 9. §. 6. *hoc tit.* Sunt autem hujus generis & aliæ species, veluti traditio instrumenti, quo tradito res ipsa, de qua alienanda in eo agitur, tradita & translata intelligitur, l. 1. C. de don. (2). Trabium & tignorum obsignatio pro eorum traditione valet, l. 14. §. 1. *de per. & comm. rei vend.* Item custodis appositio, si res non facile loco moveri possint propter magnitudinem ponderis, l. *antep. de adq. poss.* Potest & sine nota actus aliquis traditionem repræsentare: nam si in re præsentis & aperta dominus eam se mihi tradere dicat, ego signum hoc animo, ut velim possidere; hic placuit, me possessionem nancisci oculis & affectu, perindeque hoc haberi, ac si pedem

(1) L. 7. tit. 30. P. 3. junct. l. 47. tit. 28. eod.

(2) L. 8. tit. 30. P. 3. junct. l. 47. tit. 28. P. 3.

finibus intulisset, corpore ac manu rem apprehendissem, l. 1. §. pen. l. 18. §. 2. *de adq. poss.* (3).
2 *Simul atque claves horrei tradiderit*] Clavibus horrei aut cellæ traditis, etsi merces inclusæ (frumentum, vinum) oculis & sensibus non subjiciantur, earum tamen rerum possessio & dominium nobis acquiritur, haud secus ac si res ipsæ conditæ nobis traditæ essent, d. l. 9. §. 6. l. 74. *de contr. empt.* Ceterum hoc ita, si claves traditæ sint apud ipsum locum, in quo res conditæ sunt, d. l. 74. (4). Nam & symbolica traditio talis esse debet, ut per eam res potestati nostræ statim subjiciatur; quod non fit, si alibi claves tradantur.

TEXTUS.

De missilibus.

45. *Hoc amplius, interdum & in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce, Prætores, & Consules, cum missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus; & tamen quia volunt, quod quisque acceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt (5).*

COMMENTARIUS.

I *E*t si regulariter in translatione domini non minus

(3) L. 6. tit. 30. P. 3. junct. d. l. 47.

(4) D. l. 7. tit. 30. P. 3.

(5) L. 48. tit. 28. P. 3.

nus persona accipientis quam tradentis certa esse debet, ut affectus ab utraque parte contrahentium concurrat, l. 55. *de oblig. & act.* evenit tamen interdum, ut dominium per traditionem transeat in personam accipientis incertam, veluti cum missilia jactantur aut sparguntur in vulgus; quod exemplum *hoc loco* proponitur, & l. 9. §. pen. *eod.* etenim qui pecunias suas ita spargit aut projicit, in nullius certæ personæ destinationem fertur, & plane ignorat, quis quid earum rerum sit accepturus. Utique tamen quia palam est, velle eum, quod quisque ex sparso apprehenderit, id sibi habere; æquissimum est & naturali rationi consentaneum, ratam haberi domini voluntatem, arg. §. 40. *sup. eod.* Poterat videri quod ita sparsum est pro derelicto habitum, & ideo apprehendenti cedere jure occupationis rerum nullius. Sed magis est, ut ex voluntate domini traditum sibi accepisse dicamus: cum in eum finem pecunia sparsa sit, ut statim apprehenderetur, & quantum apprehensum esset, fieret apprehendentis, quo animo non est is, qui rem pro derelicto habet.

TEXTUS.

De habitis pro derelicto.

46. *Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod*

(1) L. 49. & seq. tit. 28. P. 3.

dominus ea mente abjecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit; ideoque statim dominus ejus esse desinit (1).

COMMENTARIUS.

I *R*es pro derelicto habitata est: *Quam dominus ea mente abjicit, ut illam in numero rerum suarum esse nolit*: quæ statim nostra esse desinit, & nullius fit, ideoque secundum jus de rebus nullius occupanti conceditur. Pertinet igitur hic modus acquirendi ad inventionem, ut supra quoque monuimus §. 18. *eod.* Ad traditionem referri non potest, ut species superior: quia qui rem pro derelicto habet, quamvis intelligatur voluisse eam ejus fieri, qui primus eam sustulerit aut occupaverit, l. 5. §. 1. *pro derel.* non tamen eam ea mente abjicit aut deserit, nec laborat, ut alius eam accipiat, quod facit is, qui pecuniam spargit. Sparsio species donationis est & liberalitas, qua qui spargit populum demereri studet: abjectione autem aut desertione hoc saltem agitur, ut ne res amplius in bonis sit.

2 *Quod dominus ea mente abjecerit*] Duo exigit hæc definitio ut res pro derelicto habitata censeatur: primum ut quis rem suam amplius suam esse nolit: tum ut quam non vult amplius suam esse, eam abjiciat aut deserat; alterutrum si desit, dominium non amittitur. Fac ergo, rem a domino abjici aut descri-

Gg 2

non

non ea tamen mente, ut eam a se amoveat aut amplius suam esse nolit; nihil hic amittitur, §. *sequent.* Fac e converso, nolle amplius suam esse; nisi eam abiciat, aut si immobilis est, ab ea discedat hoc animo, ut eam amplius habere nolit, dominus esse non desinit: in quo dominium differt a possessione, quæ solo animo amittitur, l. 17. §. 1. *de acquir. poss.*

3 *Ideoque statim dominus esse desinit*] Res pro derelicto habita statim ut abjecta aut deserta est, nostra esse desinit, quia iisdem modis res desinunt esse nostræ, quibus nostræ fiunt, l. 1. *pro derel.* Unde recte a Juliano notatur Proculus, qui putabat dominium rei pro derelicto habitæ, tunc demum a nobis abire, cum ab alio occupata esset, l. 2. §. 1. *d. tit.* Sic enim fieret, ut si quis eam rem furandi animo abstulisset, furtum commisisse intelligeretur, quod est absurdum, l. 43. §. 5. *de furt.* Quod si dominus non sit, a quo res derelicta est, non fit statim occupantis, sed poterit qui occupavit, eam usucapere, l. 4. *pro derel.* Illud constat, pro derelicto habita, ut cætera quæ nullius sunt, non acquiri ei, qui primus ea videre coepit & notare oculis, sed qui primus possessionem eorum nactus sit. Sic Acanthos insula deserta adjudicata fuit Chalcidensibus, qui priores intraverant, non Andriis, qui priores jaculum miserant, Plutarch. *quest. Græcar.* 29. Quoniam possessionis initium est corporis ad corpus ad-

junctio: qualis circa res mobiles maxime fit manibus, circa res soli pedibus, Grot. *mar. lib. cap. 2.*

4, Quod ad HISPANIAM attinget, tinet integra hujus textus doctrina, na probatur l. 49. & seq. tit. 28. P. 3. ut in margine notavimus. Nec confundas ergo cum Danvila hęc res deperditas, quas de mostrenco nos dicimus, de quibus agitur in l. 6. & duab. seq. tit. 13. lib. 6. *Recop.* cum rebus, pro derelicto habitis: quando, quidem hæ, ut modo vidimus, illæ sunt quas dominus sponte, dejicit ea mente, ut nolit eas, in dominio suo habere, statimque illarum dominus esse desinit: quorum utrumque contra, est in rebus de mostrenco. Unde, de istæ in *Dictionar. hispan. ling.* dicuntur res incerti domini: propterea quod quisnam sit earum dominus non appareat, atque idcirco non statim ipsarum dominium amittimus; sed lapsus 14. mensium expectandus, (in pecoribus 60. dierum, l. 8. *diſt. tit. 13.*); in quo, ut earum inventio in domini notitiam venire queat, peragenda diligentes inquisitiones præscriptæ, in l. 7. *d. tit. 13.* quæ quam superflua forent in rebus pro derelicto habitis, nemo non videt.

TEXTUS.

De jactis in mare levandæ navis causa. Item de iis, quæ de rheda currente cadunt.

47. *Alia sane causa est earum*

rum rerum, quæ in tempestate levandæ navis causa ejiciuntur: hæ enim dominorum permanent: quia palam est, eas non eo animo ejici, quod quis habere eas nolit, sed quo magis cum ipsa navis maris periculum effugiat (1). Quæ de causa, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe videntur discedere ab his, quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.

COMMENTARIUS.

I **E**x iis quæ præc. §. dicta sunt, intelligi potuit, pro derelicto habendum non esse, quod dominus non ideo abjecit, quia amplius suum esse non vult, sed alia mente: ac proinde id ejus, qui abjecit manere, nec fieri apprehendens. In hoc §. declaratur exemplo rerum in tempestate levandæ navis causa ejectarum.

2 *Non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit*] Qui oborta tempestate levandæ navis gratia res aliquas projiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant: quippe si invenerint, ablaturos, & si suspicati fuerint, in quem locum ejectæ sunt, requisituros: sed ut levata nave maris periculum effugiant. Perinde igitur hoc est, ac si quis onere pressus in viam rem abjecerit, mox cum aliis reversurus ut eam auferat, l. 8. *ad leg. Rhod.* quam ob causam res ita jactas do-

minorum permanere, recte hic concludit Justinianus cum Cajo in l. 9. §. ult. *hoc tit.* & Paulo l. 2. *in fin. ad leg. Rhod.* Cum his tamen Ulpianum committit Hotomanus, existimans, eum a cæteris omnibus dissensisse, ac putasse jactum fieri animo derelinquendi; aut saltem credendum esse, plerumque eo animo fieri, & quasi perituum sit, quod jactatur: sic enim scribit in l. 43. §. pen. *de furt.* Respondet Wesembecius, Ulpianum eo loco de jactu spontaneo loqui, de eo videlicet, qui simpliciter, nec urgente ulla necessitate res aliquas in mare projicit: hunc in hac actione mere voluntaria credibile esse pro derelicto velle habere id, quod videtur ut perituum jactare. Quam responsionem locus ipse non parum juvat: nam ex fine *d. §. penult.* manifestum est, Ulpianum distinxisse inter id, quod simpliciter & non simpliciter jactatum sit.

3 *Cum ipsa navis maris periculum effugiat*] Mercatorum nunquam mercium suarum jacturam faceret, nisi speraret majus se malum hoc pacto declinaturum, mortem nimirum. Facit igitur hoc, ut hæc actio mixta sit ex spontaneo & invito. Invita est, si causam spectes, quæ extrinsecus impellit, ut jactura fiat: spontanea, si causam proximam & principium internum, consilium mortis evitandæ. Quin etiam plus voluntarii, quam inviti hujusmodi actiones habent: nisi enim voluntate consentiente fierent; in exequendo ministerium non præberent membra cor-

(1) *D. l. 49. tit. 28. P. 3. l. 7. tit. 9. P. 5.*

poris. Consule Arist. 3. *Ethic.* 1.

4 *Quæ de rheda corrente cadunt*] Comparantur res in tempestate ejectæ, cum his, quæ iter facientibus decidunt de curru, aut quæ imprudentibus excidunt in via, quas certum est dominorum permanere, eumque, qui alienum quid jacens in via lucri faciendi causa tollit, furti obstringi, in tantum, ut nihil intersit, sciverit, an ignoraverit cujus essent: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cujus sit ignoret, *d. l. 43. §. 4.* quippe cum omnes scire debeant, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, *l. ult. C. unde vi.* At si non ut lucretur sustulit, sed redditurus ei, cujus id esse postea apparuerit, furti non tenetur. Proinde si nescit cujus sit, recte probeque faciet, si libellum proponat continentem se invenisse & redditurum ei, qui suum id esse demonstraverit; hoc enim facto palam ostendet, se non rulis eam rem animo furandi, *d. l. 43. §. 7. & seq.* Quid ergo, si post hujusmodi libellum propositum, aut (sicubi consuetudo) post insinuationem præconis voce factam, ne-

mo sese offerat, qui rem inventam ut suam repetat? Poterit inventor, si pauper est, eam sibi ceu munere Dei collatam retinere: sin dives est, bene & pie fecerit, si in usus & alimoniam pauperum eam convertat: ita Bart. ad *d. l. 43. §. 4.* Illud non ambigitur, posse, si res nondum repta est, ejus perquirendæ nomine, & peti honeste indicium, & accipi, fac. *l. 4. §. 4. de cond. ob turp. ca.*

5 Hac eadem in causa sunt etiam bona naufragorum (1), & peculiaris etiam poena in eos, qui quid eorum in litus expulsum surripuerunt, nova lege constituta est, publicatio omnium bonorum, *auth. Navigia C. de furt. quæ de sumpta est ex constitutionibus Friderici secundi de stat. & consuetudinib. contra Ecclesiæ libertatem editis, tollendis, coll. 10.*

6 IN HISPANIA quomodo se gerere debeat qui naves naufragas, bona naufragorum, vel res, in tempestate ejectas occupare, intenderit, traditur in *l. 9. tit. 10. lib. 7. Recop.* poenæ autem contra aliter facientes statuuntur, *l. 11. eod.*

TITULUS SECUNDUS.

DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

1 **Q**uæ de acquirendo jure gentium dominio dicta sunt *titulo præcedenti*, ea pertinent duntaxat ad acquisitionem rerum corporalium. Sunt autem & res quædam incorporales, quæ & ipsæ in patrimonio sunt, & suis quoque modis, prout

(1) *L. 7. tit. 9. P. 5. vers. Esso mismo.*

prout earum fert natura, tum jure gentium, tum civili singulis acquiruntur. Non est igitur principalis divisio quæ *hoc titulo* proponitur, sed subdivisio quædam rerum privatarum sive earum, quæ in bonis aut patrimonio sunt. Cajus hanc principali continenter subjecit in *l. 1. §. 1. de rer. divis.* unde *huc* transtulit Justinianus.

TEXTUS.

Secunda rerum divisio.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales. Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt; veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt; qualia sunt ea, quæ in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, usus, & obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt; & id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus hereditatis, & ipsum jus utendi fruendi, ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt & jura prædiorum urbanorum, & rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur (1).

COMMENTARIUS.

1 *Sui natura tangi possunt*] Hoc est, quæ sub ta-

(1) *L. 1. tit. 30. P. 3.*

ctum cadunt, quas si præsentent sint, corpore & manu apprehendere cæterisque sensibus percipere possumus. Ait autem, hujusmodi res esse fundum, hominem &c. fundum puta Tusculanum, hominem Stichum; res, nimirum singulares & substantias primas. Nam secundæ substantiæ sive universalialia a sensibus remota sunt, Arist. 1. *Analyt. cap. 31.* Utrum autem universalialia sint merum opus intellectus & figmenta phantasie, an quid realem essentiam habens, & revera subsistens in rebus singulis, Philosophorum disputatio est.

2 *Aurum, argentum*] Non tantum rude, sed etiam signatum, nummi aurei aut argentei, licet contra disputet D. Hotomanus *illustr. quæst. 15.* Nam oppositum est in apposito, sive contradictio in adjecto, si quis dicat, argentum signatum corpus non esse. Spectatur quidem in pecunia maxime valor publicus, *l. 1. de cont. empt.* & respectu hujus valoris nummus nonnunquam opponitur iis rebus, in quibus præter corpus nihil consideratur, ut in *l. 46. de cond. ind.* Cæterum qui nummos & pecuniam negant aliud esse aut significare, quam valorem & quantitatem ipsius, illi vehementer falluntur. Utique enim & materialiter pecunia considerari potest, cum materia pecuniæ, argentum, aurum, fundamentum sit valoris; de quo belle & docte Salmasius *lib. de usur. pag. 455.* Et corpora etiam in pecunia cogitari posse, non quantitatem dun-

taxat, testis est Papin. l. 94. §. 1. de solut. Quin Justinianus hoc ipso tit. & Cajus l. 1. §. 1. de divis. rer. expresse pecuniam inter res corporales numerant. Denique quid notius, quam nummos æque, ac cætera corpora vindicari posse? Quare si alicubi corpora opponuntur pecuniæ, non opponuntur ei ut non corpori, sed ut corpori æstimato.

3 Qualia sunt quæ in jure consistunt] In jure consistere dicuntur quæ a jure quodammodo existentiam suam, hoc est, certam ac definitam formam acceperunt: quippe jus civile harum rerum naturam quasi pro arbitrio formare potest, cujusmodi potestatem in rebus corporalibus non habet. Atque hoc sensu accipiendum, quod Fab. & Ang. tradunt, ea dici in jure consistere: Quæ a jure substantiantur, creantur, & nominantur. Habent enim utique & veram suam essentiam, suntque omnino entia realia, sicut & quævis alia accidentia.

4 Sicut hereditas] Hereditas universitatem bonorum significat, in quæ heres succedit, & quia appellatione sua universim bona omnia & jura defuncti, etiam quibus iste aliis tenebatur, comprehendit, hac consideratione non inepte jus dicitur, l. 119. de verb. sign. Unde Papinianus l. 50. de hered. pet. Hereditas, inquit, etiam sine ullo corpore juris intellectum habet. Obligatio quatenus a parte debitoris consideratur, jus non est, sed vinculum juris, quo ille adstringitur ad dandum aliquid aut faciendum, infr. de oblig.

in pr. A parte autem creditoris, qui debitorem ita adstrictum habet, non malè jus dicitur, quod ex contractu acquiratur, & numeretur in bonis. At enim jus illud non est jus in re, sed tantum ad rem, tribuens creditori actionem in personam duntaxat, non rei vindicationem, & ideo tractatio de obligationibus earumque acquirendarum modis, non est hujus loci, in quo Justiniano propositum est docere, quibus modis acquirantur jura in rem dominio non absimilia, sicut ipse aperte significat in §. ult. de usu & hab. & de obligationibus demum tractare incipit tit. 14. lib. 3. In usu & usufructu, quatenus uterque ut jam constitutus & acquisitus consideratur, plus est: sunt enim hæc jura in re, quæ usuario & fructuario pariunt actionem confessoriam, quæ in rem est, §. 2. inf. de act. De horum constitutione & acquisitione agitur tit. 4. & 5. hujus lib.

5 Nam ipsum jus hereditatis &c.] Nemo est, qui non intelligat, usumfructum non esse idem, quod sunt ipsi fructus, cum sit jus fruendi, id est, percipiendi fructum rei. Obligationes quoque, nemo tam fungus est, qui non videat aliud esse, quam res in obligationem deductas. Quis enim putet, rem, quæ venit, obligationem esse? At quo pacto hereditas a rebus singulis hereditariis secernatur, non usque adeo obvium. Quod Justinianus ait, ipsum jus hereditatis incorporale esse, Cajus l. 2. §. 1. de rerum divis. dixit, ipsum jus successio-

nis tale esse, & Africanus l. 208. de verb. sign. hereditatis appellatione jus successionis, non singulares res demonstrari. Quid ergo? estne hereditas jus successionis? Si figurate id accipias pro eo jure, quod per successionem acquiritur aut acquiri potest, concedo esse. Si proprie, nego. Quid enim aliud est jus successionis, quam jus succedendi? At jus succedendi ex testamento aut lege est, idque heres habet, priusquam hereditatem adeat: hereditatem autem non ante habet, quam eam adierit, l. 151. de verb. sign. §. ult. infr. de hered. qual. tot. tit. de acquir. hered. Aliud igitur est jus successionis, aliud hereditas. Sed estne hereditas ipsa successio? Sane a nostris definitur successio in universum jus, quod defunctus habuit, l. 24. de verb. sign. l. hereditas 62. de div. reg. jur. Verum & hoc improprie dici de

hereditate fatendum est: non enim ipsa hereditas, sed susceptio hereditatis successio est; quippe succedere non hereditatis, sed heredis est; unde heres passim universi juris successor appellatur. Verbo, hereditas, ut res cæteræ, objectum est acquisitionis, & res de qua acquirenda agitur; successio modus, per quem illa acquiritur; jus succedendi, jus, quo delata acquiri & obtineri potest. Apparet ergo hereditatem nihil aliud esse, quam: Patrimonium cujusque defuncti cum oneribus; ut tribus verbis definit Grot. 2. manuduct. 11. ita tamen, ut appellatione sua universitatem demonstrat, omniaque defuncti bona, jura & onera simul comprehendat: non res singulas seorsum, l. 208. de verbor. sign. Atque hoc sensu jus dici, corporibusque, quæ in hereditate sunt, opponi arbitror.

TITULUS TERTIUS.

DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM

ET URBANORUM PRÆDIORUM.

D. Lib. 8. Tit. 1. & 2. C. Lib. 3. Tit. 34. (1).

1 **S**ervitutis & libertatis nomina etiam rebus inanimatis & brutis tribuuntur, sed per translationem, & longe alio significato, quam cum personæ servire dicuntur in disputatione

Tom. I.

(1) Tit. 31. P. 3.

de statu hominum seu jure personarum. Illic suo quæque domino persona servit; libera est: Quæ dominium non habet: at res servire dicuntur, non quæ domino suo serviunt, sed: Quæ domino suo

Hh

suo

suo non omnia officia præstare possunt, verum quædam præstare coguntur alteri & non domino (1); liberæ esse: Quæ uni & soli domino omnia præstant; quo facit l. 90. de verb. signif. Etenim quod ex re sua percipit dominus, id ei res ipsa ultro præstare videtur, libereque id facere, & cum quadam velut propensione voluntatis, quasi natura ita facta, ut id velit. Cum autem pati cogitur, ut quædam commoda alius percipiat, jam servire videtur, quasi amissa priore facultate, quæ ei pro libertate affingebatur. Vitiosa igitur plane est divisio, qua servitus distribuitur in tres species; in mere personalem, mere realem, & mixtam. Nam mere personalis, quæ hominum est & sola proprie servitus, una cum reliquis, quæ tantum improprie & analogice id sunt quod dicuntur, eidem generi ut species ejusdem subijci non potest. Igitur servitus, qualem hic intelligimus, est: Jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus, quod huic alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo, aut in suo non facere cogitur.

2 Dicimus, servitutem esse jus, habita scilicet relatione ad eum, cui constituta est: & video in omnibus suis speciebus ita eam a nostris definiri, in itinere, actu, via, aquæductu, hoc tit. in pr. & l. 1. de serv. præd. rust. in servitutibus prædiorum urbanorum, §. seq. in usufructu, pr. tit. seq. (2). Per se autem servitus & respectu ejus, a quo debetur, non jus est, sed juris pri-

vatio aut imminutio, l. 5. §. 1. & §. 9. de op. nov. nunc. Ajo esse jus, quo dominus aliquid pati in suo, aut in suo non facere cogitur, ex natura omnium servitutum, l. 15. §. 1. de servit. Patti in suo, puta re sua utentem, fruentem, per fundum suum euntem, agentem, aquamve ducentem, tignum in ædes suas immittentem. Non facere, velui altius non ædificare, in suo non ponere, quod luminibus ædium nostrarum aut prospectui officiat &c.

3 Plane enim ita servitus constitui non potest, ut quis aliquid cogatur facere in suo, puta viridaria aut arbores prospectus nostri causa tollere, aut in suo pingere, quo ameniorem nobis prospectum præstet, d. l. 15. §. 1. Obligatio hæc erit, non servitus constituta, & ideo prædio alienato, non sequetur actio novum possessorem, ut fit ubi servitus constituta est, l. 36. de serv. præd. rust. sed in eum, qui id facere promisit, heredemque ejus actio in personam dabitur, l. 25. de obl. & act. in id scilicet, quod interest, si non fiat quod promissum est, ut accidit in omni obligatione faciendi, l. 72. de verb. obl. §. ult. infr. eod. Una servitus oneris ferendi a natura reliquarum non nihil degenerat, de qua dicemus §. 1. in r. hoc tit.

4 Quod adjeci de commodi, id finem servitutis respicit; neque enim ulla est servitus, quæ non commodi nostri causa constituitur, aut certe alicujus amenitatis, d. l. 15. in pr. de serv. l. 3. de

de ag. quot. & æst. (1). Non autem præcise requiritur, ut præsens sit utilitas; sed sufficit, natura tale jus esse, ut aliquando usui esse possit, quomodo cum Duareno accipiendal pen. de serv.

5 Porro species harum servitutum duæ sunt: quædam enim sunt rerum sive prædiorum, quibus in usu juris generis fere nomen simpliciter tribuitur; quædam personarum (2). Sic autem distinguuntur non a re, quæ servitutum debet, sed ab ea re, cui debetur. Prædiorum igitur sunt, quæ debentur prædiis: personarum, quæ personis, l. 1. de serv. De servitutibus prædiorum agitur hoc tit. de personalibus tit. proximo & seq. Servitus prædii est: Quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædii utilitatem. Duo igitur hic prædia sint necesse est, quorum unius causa servitus constituatur, alteri imponatur; unum dominetur, alterum serviat, l. 1. §. 1. com. præd. §. 3. infr. hoc tit. Requiritur in his prædiis vicinitatem; neque in rusticis tantum, verum etiam in urbanis, l. 5. §. 1. de serv. præd. rust. l. 38. & l. seq. de serv. præd. urb. At enim vicinitatem non ex prædiorum conjunctione aut confinio, sed ex commoditate utendi metimur, ut intermedium prædium aut locus non officiat, si non impediatur liberum usum servitutis, d. l. 38. l. 7. §. ult. de servit. præd. rust. l. 7. §. 1. com. præd.

6 Omnes vero servitutes prædiorum, ut veteres definiunt, perpetuam causam habere debent,

l. 28. de serv. præd. urb. Perpetuum illis est: Quodcumque ex naturali causa oritur, etsi non sit assiduum; ut ecce, aqua pluvia ex naturali causa oritur, etsi non assidue pluit, d. l. 28. quod enim naturaliter fit, perpetuum videtur, licet non fiat assidue, ut defectio Lunæ, Aristot. 1. Post. 8. Sed & quod ex facto nostro oritur, perpetuum habetur, si ejus causa prædium, aut pars prædii parata est, ut fumi immissio, l. 8. §. 5. si serv. vind. Causam servitutis vocant: Id, cujus aut arcedi a nostro, aut in nostro habendi gratia servitus constituta est; verbi gratia, in stillicidio & aquæductu, causa ob quam hæc servitutes comparatæ sunt, est aqua: illic, ut ab ædibus nostris avertatur; hic, ut aqua ducatur & in nostro habeatur, d. l. 28. l. 1. §. 4. de font.

7 Facile autem ex superiore servitutis definitione colligere est, servitutem prædii non intelligi, quæ constituta est in prædio quidem alieno, sed ei qui prædium non habet, aut qui non habet vicinum, l. 5. §. 1. de serv. præd. rust. l. 14. §. ult. de alim. leg. aut etiam ei qui habet vicinum, si non sit constituta illius prædii causa, & revera prædio utilis, l. 38. de serv. præd. urb. l. 6. in pr. & §. 1. de servit. præd. rust. eoque pertinet quod scribit Paulus l. 8. de servit. Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, & canare in alieno possimus, servitutem imponi non posse; nimirum quia hoc jus prædii nostri causa non con-

Hh 2

tit. 31. P. 3.

(1) L. 1. l. 13. eod.

(2) L. 1. d. tit. 31. P. 3.

(1) D. l. 1. & l. 2. eod.

(2) D. l. 1. tit. 31. P. 3.

stituitur, nec prædii nostri causam meliorem facit. Si quis igitur in suo tale quid faciendi jus alteri concesserit, id personarum servitutibus adscribendum. Inde quoque est, quod servitus prædii non intelligatur, si in constituendo persona demonstrata sit, cui soli ea præstetur, licet ad utilitatem quoque prædii constituta sit, l. 4. de serv. præd. rust. Itã nonnunquam ex accidenti fit, ut natura servitutis alteretur. Porro autem ut prædia vel rustica sunt vel urbana, ita quoque servitutes, quæ iis inhaerent, vel rusticæ sunt vel urbanæ. Prædia rustica sunt: *Loca ædificiis vacua*, in urbe area, ruri ager, l. 211. de verb. sign. non enim loco, sed materia & genere distinguuntur, ut postea plenius intelligetur. (1).

8. IN HISPANIA probata est, divisio servitutum in continuas, & discontinuas l. 15. & seq. tit. 31. P. 3. de qua infr. §. 4. hoc tit. loquimur: quæ in Romano jure, expressa non est.

TEXTUS.

De servitutibus rusticis.

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: iter, actus, via, aqueductus. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: qui actum habet, & iter habet, eoque

(1) D. l. 1. tit. 31. P. 3.

(2) L. 3. cum seq. eod.

uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi, & agendi, & ambulandi: nam iter, & actum via in se continet. Aqueductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum (2).

COMMENTARIUS.

I. Servitutes rusticorum prædiorum sunt: *Quæ prædiis rusticis inhaerent.* Sunt autem longe plures, quam hic enumerantur. D. Donellus xi. comm. 6. doctrinæ causa ad tria genera eas revocat: nam ut eleganter & erudite ostendit, aut eo pertinent, ut per alienum fundum ad nostrum perveniat, eove quid accedat; aut ut quid ex vicino sumere liceat, quod ad usum prædii nostri aut pecorum, quæ prædii causa habentur, transferatur, aut ut prædium nostrum opere, quo intus premitur, exoneretur. Ad primum genus pertinent quatuor illæ, quas hic explicat Justinianus post Ulp. l. 1. de serv. præd. rust. secundi generis exempla sunt in §. 2. infr. & d. l. r. §. 1. eod. tertii, l. 3. §. 1. & 2. eod. item exemplum, quod proponitur l. 29. eod. ut aquam aperto sulco educere in fundum vicini liceat. Singula fusius explicat Don. d. cap. 6. & 2. seqq.

2. *Iter est jus eundi, ambulandi*] Jure eundi continetur & qui lætica aut sella, item qui equo vehitur, l. 7. l. 12. eod. (3), parum enim referre visum est, suis pedibus quis utatur in eundo, an alie-

(3) D. l. 3.

alienis. Quod autem Cæpolla de serv. rust. præd. cap. 1. num. 4. & 5. putat, eam qui iter habet, etiam rheda aut curru per duos equos vehi posse, modo rebus aliis rheda non oneretur, vereor ut defendi possit. Non enim par ratio est lætica, quæ a læticariis gestatur, & currus quem jumenta trahunt. Jumenta cum curru agere non est ire, nec ejus, qui iter habet, sed ejus qui habet actum aut viam.

3. *Ambulandi*] Id est, commeandi ulro citroque, eundi ad fundum nostrum, & inde redeundi, quoties lubet. An igitur & spatiandi voluptatis aut valetudinis causa? Ita quidem Cujac. 2. obs. 35. Donell. xi. comm. 6. Atqui ut spatiari liceat in alieno animi causa, prædii servitus imponi non potest: hoc enim personæ voluptatem respicit, non utilitatem prædii, l. 8. de serv. unde Hotomanus verbo ambulandi nihil aliud hic significari existimat, quam commeationem ob res prædio, iisve quibus illic morari necesse est, utiles aut necessarias. Puto tamen dici posse, ambulationem istam hic non considerari, ut jus aliquod principale & per se, sed ut illius juris accessionem.

4. *Hominis*] Atqui diximus, eum, qui iter habet, etiam jumento ire posse. Nimirum etiam in eo spectamus homines, qui ministerio jumentum in eundo utuntur, ut causam principalem, non ipsum jumentum per se. Quod si quæras, cur hominis hic mentio fiat, cum iter prædii servitus sit, non personæ: respondebimus, ut

hinc removeantur pecora, quæ & ipsa cum aguntur, ire dicuntur: deinde non designari hic quamlibet personam, sed quæ prædium habeat, cujus nomine eat. Nam hæc servitutes non ideo prædiorum dicuntur, quia personæ non competunt, sed comparatione facta ad jura mere personalia, quia non alij competunt, quam qui prædium habet.

5. *Non etiam jumentum agendi*] Ita & Ulp. l. 1. hoc tit. & Paul. l. 7. eod. Hoc autem hæud dubie accipiendum est de jumentis, quæ sarcinas portantia aguntur aut ducuntur. Nam si quis pedes ire malens, in itinere descendat de equo, eumque manuducat, cur id ei non liceat? aut cur per famulum non possit equus deduci ad dominum, ut rediturus eum conscendat, & eques remeet? argum. l. 12. eod.

6. *Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum*] d. l. 1. eod. Jumentum appellatione non contineri boves, identidem relatum & responsum est l. 38. §. 4. & 2. seqq. de æd. edict. l. 65. §. antep. de leg. 3. l. 89. de verb. sign. An igitur ei, qui actum habet, non licebit boves agere, & generaliter armenta? Sane vero. Diserte enim a Modestino scriptum est, actum esse: *Ubi armenta trajicepe liceat*, l. 12. de servit. præd. rustic. Armentorum autem appellatione vel maxime boves continentur, d. l. 89. de verb. sign. Nec tamen ideo necesse est, ut cum Hotomano pro jumentum reponamus armentum, contra fidem omnium exemplarium. Nam vel jumentum

vox late hic accipi potest, ut & boves complectatur, cum & Isidorus boves inter iumenta referat *lib. 12. cap. 1.* & Columella etiam his ex ratione originis nomen iumentum tribuere videatur: sic enim scribit *lib. 6. cap. 3.* *Jumenta nomen a re traxerunt, quod nostrum laborem, vel onera subvertendo vel arando juvant.* Quid si dicamus, exempli duntaxat causa iumentum mentionem factam? Ut enim reponas armentum, aut retineas iumentum, non continebitur verbis definitionis actus ovium, caprarum & reliquorum minorum pecorum, quibus proprie gregis, non armenti aut iumentum appellatio convenit, *l. 81. §. 4. de legat. 3.*

7 *Vel vehiculum* Hic iterum Hotomanus contendit legendum esse, non etiam vehiculum. Sed profecto nimis confidenter: non enim hoc tantum loco, verum etiam infinitis aliis jus agendi vehiculum actu contineri, a veteribus traditum est, *d. l. 1. l. 7. l. 12. eod. l. 11. quemad. serv. am.* idemque manifeste colligitur ex *l. 13. §. 1. de accept.* Nihil Hotomanum juvat, quod scribit Rompon. *l. 13. de serv.* Si via concessa sit tam angusti loci demonstratione facta, ut iumentum duntaxat duci possit, non etiam vehiculum; actum magis, quam viam, acquisitum videri. Non enim ut via semper & natura sua utrumque jus continet, & iumentum agendi & ducendi vehiculum, ita & actus; sed aliquando illud duntaxat, non hoc; puta si vel expresse convenerit, ut actus esset sine jure agendi vehiculum, vel tacite idem actum

est, ut in specie *d. l. 13. de serv.* Atque hoc satis ostendunt verba ipsa hujus definitionis, quibus actui, non utrumque conjunctum, sed hoc, vel illud disjunctum tribuitur. Modestinus naturam ordinariam actus attendens in *l. 12. de serv. præd. rust.* utrumque conjunctum ei tribuit.

8 *Uti potest etiam sine iumento* Traditur hoc idem & in *d. l. 1. eod. l. 2. quemad. serv. am.* & verissimum esse docet *l. 58. de verb. oblig.* ubi Julianus refert, eum, qui actum stipulatus postea iter stipulatur, posteriore stipulatione nihil agere, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur. Quod & apud Ulpianum relatum est in *l. 9. §. ult. de novat.* Falso, si actus tacite non contineret etiam jus eundi sine iumento sive iter separatum. Neque tamen hoc ita accipimus, quasi iter separatum sit de essentia ipsius actus, & sine eo actus consistere aut constitui non possit: sed hoc dicimus, actu constituto, regulariter & ex tacita voluntate & sententia constituentis, etiam iter sine iumento concessum intelligi, arg. *l. 21. l. 110. de div. reg. jur.* Atque ideo jus agendi duntaxat, non etiam eundi, ambulandi; in definitione actus exprimitur. Adhæc, si actus essentialiter etiam iter contineret, quo utimur sine iumento, nullius momenti esset conventio, ut actus sit sine itinere, contra *l. 4. §. 1. si servit. vindic.*

9 Non obstat, quod apud Paulum legimus, actu legato iter frustra adimi, *l. 1. de adim. leg.* Nam ratio subjecta non obscurat

arguit, loqui Jurisconsultum de itinere, quo necessario utimur in ipso actu, cum iumentum aut vehiculum agimus. Ait enim, ideo iter frustra adimi, quia nunquam actus sine itinere esse potest. Sed nec id iter videri poterit ea ademptione detractum, quod sine iumento est, quia per se non est legatum; atque ita actus potius in natura sua & qualis regulariter est, relictus. Plane si testator nominatim hoc iter ademerit, hoc est, expresse vetente sine iumento; nullus dubitat, quin utilis sit ademptio, arg. *d. l. 4. §. 1. si serv. vind.* Et est in proposito eadem fere ratio itineris & actus, quæ usus & usufructus: nam etsi fructui usus inest, & ideo legato usufructu, usus ademptio nulla, *l. 14. §. 1. de usu & hab.* nihil tamen vetat usum a fructu expresse separari, *l. 5. §. 1. usufr. quemadm. cav.*

10 *Via est jus eundi & agendi, & ambulandi* Via, ut mox subjicitur, iter & actum in se continet, hoc est, ex itinere & actu essentialiter via constituitur, arg. *l. 13. §. 1. de accept. l. 9. si serv. vind.* ac proinde quicquid est in definitionibus itineris & actus, id unâ definitione viæ debuit comprehendere, quod & curiose ab Ulpiano in *l. 1. de serv. præd. rust.* & Justiniano hic observatum est. Mirorque adeo viros doctissimos Connan. 4. *comm.* 11. & Donel. 11. *comm.* 6. pro verbo eundi reponentes vehundi, motos tantum vocis definitæ etymologia, quam Varro 4. *de ling.* a vehendo deducit, & analogia præcedentium

definitionum: nam sic bis idem diceretur, cum verbum agendi etiam ventionem contineat, *l. 4. §. 1. de serv.* Quid igitur amplius est in via, quam in actu? Primum hoc, quod via iter in se contineat, ita ut sine jure eundi per se via intelligi aut constitui non possit, in quo specificè differt ab actu, qui potest esse sine itinere separato. Deinde etiam hoc, quod via nunquam esse potest sine jure ducendi vehiculum, actus potest, *l. 13. de serv.* Item quod qui viam habet, vel iter & actum separatim; vel utrumque simul iter & actum; vel uno verbo viam, vindicare potest: qui vero actum habet, non potest neque iter separatim; neque iter & actum conjunctim, sed solummodo actum vindicare, Cujac. 22. *obs.* 35. *fac. l. 11. §. 6. de exc. rei jud.* Sunt & aliæ quædam differentie; sed minus principales: nam qui viam habet, etiam lapides, &igna trahere, & rectam viam ferre, modo ne fructus lædat, potest; quod ei, qui actum habet, non licere plerique existimaverunt, *l. 7. de serv. præd. rust.* & potest etiam sine his via constitui. Illud omnino ex accidenti est, quod actus & via aliquando differant latitudine, vide *l. 8. l. 13. §. 2. eod.*

11 *Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum* *l. 1. eod.* Ducitur aqua aut publica aut privata. Publicam ducere, puta ex flumine publico, cuique licet: nisi Imperator aut Senatus vetent, aut aqua sit in usu publico, puta si flumen sit naviga-

bile, vel ex eo aliud navigabile fiat, l. 2. de flum. l. 10. §. ult. de aqua. & aquæ pluv. arc. aut si periculum sit, ne exarescat, quamvis navigabile non sit, d. l. 1. §. 12. de flum. Sed neque ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico, id est, aquæ publicæ destinato, ducere fas est sine permissu Principis, l. 1. §. 41. & seq. de aq. quotid. In concedendo autem jure ducendi aquam privatam, sive fontis sive fluminis, sive putealem, non tantum eorum, quorum in loco aqua oritur; verum etiam eorum, ad quos ejus aquæ usus pertinet, voluntas exquirenda est, id est, eorum, quibus servitus aquæ debetur: quippe cum hic agatur de jure eorum minuendo, quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari, l. 8. de aq. & aq. pluv. arc. junct. l. ult. C. de auct. præst. (1).

12 Illud hic generaliter tenendum, neminem posse aquam aut publicam aut privatam per fundum alienum in suum ducere, cui non sit hæc servitus constituta a domino illius fundi, l. 29. §. 1. ad leg. Aquil. l. 2. C. de servit. neminem quoque posse ex suo acqueductu alteri commodare, nisi id nominatim convenerit, l. 24. l. 33. §. 1. de serv. præd. rust. Item jus hoc ad certum usum prædii concedi oportere: nam si concessum sit ita, ut aqua quocunque duci possit, non fundi, sed personæ jus erit, l. pen. eod. l. 1. §. 12. de aq. quot. Denique concedi posse ductum aquæ non tan-

(1) L. 5. d. tit. 31. P. 3. ubi & exceptio.

tum præsentis & fluentis, sed etiam quærendæ & nondum inventæ, l. 10. eod. hoc tit. l. ult. si serv. vind. Fusc. Cæpoll. de serv. rust. cap. 4.

13, In HISPANIA doctrina hujus, jus text. probata est ll. 3. & 4. tit. 31. P. 3. & in ead. l. 3. iter appellatur senda, actus carra, & via via; additurque, eum cui iter debetur ire posse, cum aliis, ita tamen ut aliis, post alium procedat; non aliter: quod jure Romanorum statutum non invenimus.

TEXTUS.

De servitutibus urbanis.

1. Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæc, quæ ædificiis in hærent; ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint. Item urbanorum prædiorum servitutes sunt, ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium, vel flumen recipiat quis in aedes suas, vel in arcem, vel in cloacam; vel non recipiat: & ne altius quis tollat aed. suas, ne luminibus vicini officiat (2).

COMMENTARIUS.

1 Hoc §. agitur de servitutibus prædialium specie altera, prædiorum scilicet urbanorum; & ait Imp. eas esse: Quæ

(2) L. 2. eod.

ædificiis in hærent, atque inde dictas, quia omnia ædificia, urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint: quod & alibi sæpe traditum, l. 1. com. præd. l. 166. l. 198. de verb. sign. Nimirum, ut superius obiter monuimus, distinctio hæc prædiorum non a loco sumitur, sed a materia vel genere prædii, dict. l. 1. Sunt qui a fine sumptam putant, & ea sola ædificia prædiorum urbanorum numero esse, quæ parata sunt habitandi causa: horrea autem, quæ ruri ædificantur ad fructus reponendos & custodiendos, magis esse, ut prædia rustica censeantur, Cæpoll. de serv. urb. cap. 11. num. 2. Myns. Wessemb. Vult. hic. Sed immerito, quod ad propositam tractationem attinet. Fac enim, alterum ex duobus dominis, qui vicina aut contigua horrea habeant, alteri, cui forte ad grana repurganda flatu venti opus sit, cessisse servitutum altius non tollendi; aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæc servitutes utique urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. Quid enim interest, horrea, an aliud ædificium altius non extollatur? In constituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nunciando.

2 Quid igitur scribit Neratius in l. 2. de serv. præd. rust. rustici prædii servitutem esse: Licere altius tollere, & officere prætorio vicini? Nimirum quia ille arbitrio suo loquitur, non considerato ju-

Tom. I.

(1) L. 1. d. tit. 31. P. 3.

ris effectu. Hoc ut perfectius intelligatur, sciendum, prædia, eorumque jura dupliciter considerari posse: vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris, qua consideratione loco nunquam distinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod dominio tribuitur in investis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non item in investis a colono in prædium rusticum, l. 4. l. 7. §. 1. in quib. caus. pign. vel hypoth. prædia a fine & usu distinguimus: uti etiam cum agimus de alienatione prædiorum pupillarum vel minorum sine decreto prohibita. Simili modo de servitutibus, cum simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint, loco itidem ut prædia distingui possunt: at cum quæritur de vi & effectu juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignerandis, novo opere earum nomine nunciando (vide obiter l. 1. l. 6. de serv. præd. urb. l. 6. l. 7. §. 1. comm. præd. l. 11. §. ult. & l. seq. de pign. l. 5. §. 9. l. 14. de op. nov. nunc.), loci ratio nulla habetur: sed quæ ædificiis in hærent, urbanæ; quæ locis puris, rusticæ dicuntur (1).

3 Prædiorum urbanorum servitutes sunt] Et longe etiam plures: sed harum commemoratio sufficit ad declarandum id quod dixerat, prædiorum urbanorum servitutes esse, quæ ædificiis in hærent. Donellus 11. comm. 4. etiam quæ hujus sunt generis, in tres classes partitus est ex tripli-

II

ci

ci earum sine : quædam enim comparatæ sunt ad ædes vicinas dilatandas , ut tigni immittendi , oneris ferendi , projiciendi , protegendi : quædam ad ædium anteriorem commoditatem , veluti altius non tollendi , ne luminibus , ne prospectui officiat : quædam denique ad ædes exonerandas , cujusmodi sunt jus cloacæ immittendæ , fumi immittendi , fluminis & stillicidii avertendi in aream alienam. Pretium fuit , digito saltem hoc indicasse.

4 *Ut vicinus onera vicini sustineat , ut in parietem ejus liceat tignum immittere*] Proponuntur hæc servitutes ut species diversæ ; & sane differunt gradu. In imponenda servitute tigni immittendi hoc agitur , ut ex nostro pariete liceat tignum immittere in parietem vicini , ita ut ibi requiescat , & vicini paries sustineat onus immissi , nihil amplius , l. 242. §. 1. *de verb. sign.* In servitute autem oneris ferendi hoc amplius est , quod vicinus columnam aut parietem , qui oneri ferendo est , reficere tenetur , & idoneum oneri sustinendo præstare , l. 33. *de servitutib. prædior. urbanor.* (1) qua parte servitus hæc degenerat , & spuria esse agnoscitur : quippe cum contra naturam servitutum hoc sit , ut quis cogatur aliquid facere in suo , l. 15. §. 1. *de serv.* Qua ratione quoque jam olim Gallus putabat , non posse ita servitutum imponi , ut quis & onus ferret , & parietem reficeret. Sed obtinuit Servii sententia contententis posse , l. 6.

§. 2. *si serv. vind.* id quod in specie proposita visum est , per consequentiam recipiendum esse ejus , quod principaliter agitur. Agitur autem hoc , ut jus sit ædium nearum , onus in parietem vicini immittere : quæ servitus vix consistere potest , nisi paries reficiatur & idoneus habeatur oneri ferendo.

5 *Ut stillicidium , vel flumen quis recipiat , vel non recipiat*] Hæc eadem servitutes sunt , quæ dicuntur stillicidiorum & fluminum , l. 1. *de serv. præd. urb.* Inter stillicidium & flumen hoc interest , quod stillicidium est : *Cum aqua pluvia ex tecto stillatim & guttatim cadit ; flumen : Cum fluxu & per imam ædium partem more fluminis effunditur* , Varro 4. *de ling. cap. 5.* Paul. l. 20. §. 3. & *seqq. de serv. præd. urb.* Itaque stillicidii recipiendi servitus dicitur , qua vicinus ferre cogitur , ut aqua pluvia ex tecto meo in suas ædes casitet ; fluminis vero , qua pati cogitur , ut aqua eadem in alveum aut canalem recepta in suas ædes cum impetu feratur : unde hæc quam illa gravior , & proinde Paul. *dist. l. 20. §. 5.* docet : *Stillicidium inferius demitti non posse , ne gravior fiat servitus , & pro stillicidio flumen altius tolli posse , quia levior eo modo fiat , cum quod ex alto , lenius cadat , & interdum vi venti direptum non perveniat ad locum servientem.*

6 Duplex autem est stillicidii aut fluminis servitus , ut ostendit hic locus & l. 2. *eod.* una avert-

tendi seu recipiendi stillicidii aut fluminis ; altera non avertendi seu non recipiendi : quarum illa comparata est ad ædes exonerandas , hæc ad anteriorem ædium commoditatem pertinet. Avertendi stillicidii est : *Jus stillicidia nostra avertendi seu avertendi in ædes aut aream vicini* , ut vicinus stillicidium nostrum recipere cogatur in ædes suas vel in aream aut in cloacam , d. l. 2. & hoc text. Stillicidii non avertendi est : *Jus , quo vicinus stillicidium ædium suarum in aream vel cloacam vicini avertere prohibetur ; cum aliqui lege , aut consuetudine civitatis , id facere sibi liceret.* Sane quidem jure communi nemo cogitur stillicidia vicini recipere , licetque nobis jure libertatis rei nostræ vicinum prohibere , ne stillicidia sua in nostrum immittat. Cæterum sicubi constitutio ædificiorum talis est , ut lege aut consuetudine civitatis unicuique permixtum sit , stillicidia sua obversa habere in alienum , vicinique jure publico ea recipere cogantur : hic , si velimus nobis jus esse prohibendi vicinum stillicidia sua in nostrum avertere , necesse est , ut id jus vicinus nobis constituat , suæque rei hanc servitutum imponat : quod quamobrem & quam recte dicatur , mox certius intelligetur , cum de servitutibus altius tollendi & non tollendi disputabimus.

7 *Et ne altius quis tollat ædes suas*] Hæc servitus ob eum maxime finem constituitur , ne luminibus vicini altius ædificando officiat. Nam cum unicuique jure naturæ in suo quidvis facere li-

ceat , dum in alienum nihil immittat , l. 8. §. 5. *si serv. vind.* ei que consequens sit , posse unumquemque in area sua ædificare in infinitum , ædesve antea positas altius tollere , etiamsi vicino incommodet , lumina ejus obscurando , quod & traditum est l. 9. l. 14. l. 24. *de serv. præd. urb.* hoc incommodum non aliter vitari potest , quam si a vicino impetremus , ut hanc suis ædibus servitutum imponat : ne altius tollantur : qua imposita , si nihilominus altius ædificet , jam recte cum eo agam , jus ei non esse , ædes suas altius tollere : quæ intentio est actionis confessoria , qua servitus hæc , quæ dicitur altius non tollendi , vindicatur , de qua in §. 2. *inf. de act.* Crebra est hujus servitutis mentio in jure nostro.

8 Hic autem magna oritur difficultas. Nam si cuius licet ædes suas extollere , idque naturaliter & jure libertatis rei suæ , ut nulla in eam rem opus sit constitutione servitutis ; qui fit , quod inter servitutes prædiorum numeretur etiam jus altius tollendi ? Hoc enim nullam videtur habere rationem : contraria quippe sunt libertas & servitus. Et si non licet altius tollere , servitutis est ; licere altius tollere , libertatis erit. Et tamen negari non potest , quin veteres non minus jus altius tollendi , quam non tollendi inter servitutes retulerint. Factum id compluribus locis , a Paulo l. 1. *de serv. præd. urb.* l. 7. §. 1. *comm. præd.* a Cajo l. 2. *de serv. præd. urb.* a Neratio l. 2. *de serv. præd. rust.* & a Justiniano §. 2. *inf. de act.*

(1) L. 2. d. tit. 31. P. 3.

Tota vero difficultas in eo est, ut exempla proferantur, quibus ostendatur, jus altius tollendi quandoque inter servitutes recte numerari.

9. Primus veterum Interpp. Jo. Faber in *d. §. 2. rem vidit*, & digito monstravit, præeunte tamen Glossa in *l. 11. de serv. præd. urb.* ut observavit Cæpolla, & explicuit *cap. 26. n. 2. de serv. præd. urb.* sed ille longius excurrit, & multa aliena miscet. Rectius & apertius Donel. aliique recentiores Fabri vestigiis insistentes, sic rem proponunt & declarant. Si de potestate ædificandi in suo nihil jure publico cautum sit, jus ædificandi ajunt esse jus libertatis nostræ, & licere cuivis civi, suo & publico jure ædes suas quam altissime tollere, etiamsi obscuret vicinas. Si vero alicubi lege civitatis certa ædificiorum forma atque altitudo præscripta est, quam excedere ædificando vicino invito non liceat, hic jus ædificandi hæc tenus quidem adhuc liberum esse, & juris publici, si intra definitum altitudinis modum consistatur, ut adhuc liceat ita ædificare eum incommodo vicini, *d. l. 11.* Cæterum si supra eam altitudinem ædes extollere, v. c. ad 5. vel 6. pedes, velimus, quod jam jure publico invito vicino facere non licet, ut id nobis liceat, a vicino impetrandum esse, *l. pen. §. 1. C. de ædif. priv.* eoque concessio, jus altius tollendi vicino servitutem esse, utpote qui jam incipiat pati in suo, quod antea jure publico pati non cogebatur; nobis jus, sed imposititum & constitutum a vicino, quod vindice-

tur hac formula confessoria: *Ajo, mihi jus esse ædes meas altius tollendi invito te, d. §. 2. inf. de æd.* Patet autem ex *l. 11. de serv. præd. urb. l. 1. l. pen. §. 1. C. de ædif. priv.* ex Tacito *lib. 15. annalium*, Strabone *lib. 6. p. 162.* Aurel. Vict. in *epitom.* aliisque adductis a Pet. Fab. ad *l. domum 61. de div. reg. jur.* etiam in ipsis urbibus, in quibus sedes imperii fuit, Romæ scilicet, & Constantinopoli, jam olim certum fuisse ædificiorum altitudini præscriptum modum, ut mirum non sit, Jureconsultos ad statum illum respicientes jus altius tollendi inter species servitutum numerare.

10. *Ne luminibus vicini officiat* His verbis non videtur hoc loco nova demonstrari servitus, sed finis propositæ: est enim hic præcipuus finis servitutis altius non tollendi, ne luminibus nostris officiat, qui ob id etiam plerumque simul exprimi solet, *l. 2. de serv. præd. urb. l. 2. de serv. præd. rust.* quanquam & alius dari potest, ne scilicet in ædes aut aream nostram prospectus pateat. Porro quod ait, ne luminibus officiat, sic accipiendum est, ne officiat altius ædificando, non etiam ne alio modo, veluti arbore posita, ut quam minimum recedatur a libertate naturali. Quamobrem hoc plus erit in servitute, ne luminibus officiat, quam in illa, ne ædes altius tollantur, *l. 15. & 2. seqq. de serv. præd. urb.* A servitute ne luminibus officiat, parum differre videtur servitus, quæ luminum dicitur: atque ut hæc magis respicit no-

vam.

vam luminum constitutionem, ita illa conservationem eorum, quæ jam sunt, *l. 4. eod.* Nisi forte dicendum sit, in servitute luminum hoc minus esse, quam in altera; quod qui hanc debet, altius ædificare non prohibeatur, aliisque facere, modo tantum luminis relinquat vicino, quantum ad usum diurnum sufficiat: qui autem servitutem debet, ne luminibus officiat, nihil omnino facere possit, quo lumen minuat, etiamsi vicini ædes luminibus abundent: quæ sententia est Pauli Castr. in *d. l. 4. probata a Cæpoll. cap. 35. de serv. urb. arg. d. l. 15. & eodem teste communiter recepta.*

TEXTUS.

De reliquis servitutibus rusticis.

2. *Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodendæ (1).*

COMMENTARIUS.

I Docendi ratio postulabat, ut hic §. protinus subiceretur principio hujus tit. dilatantis per tractatione servitutum urbanarum, cum a rusticis ceptum esset. Sed hoc tantum non est, ut ob id maledictis impetendus sit Tribonianus, quasi temerum, cum hæc scriberet, bibisset: nollemque eo proterviæ pro-

cessisse etiam viros cætera incomparabiles. Verum age. Ait Imp. inter servitutes rusticorum prædiorum recte computari aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum &c. Aquæ haustus est: *Jus aquæ hauriendæ ex puteo vel fonte vicini, ad prædii nostri vel familia rusticæ usum & commoditatem.* Qui haustum habet, iter quoque ad hauriendum habere videtur, sive ei jus hauriendi & simul adeundi cessum sit, sive hauriendi tantum (2). Sed etsi tantum adeundi ad fontem, placuit inesse & haustum. Cæterum ex flumine publico cum sine servitute cuivis haurire liceat, haustus frustra conceditur, iter cedit debet, *l. 3. §. ult. de serv. præd. rustic.* Cæpoll. *cap. 7.* Pecoris ad aquam appulsum est: *Jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fructuum fundi causa habentur, ad aquam alienam.* Utrumque autem hoc jus passim refertur inter servitutes prædiorum rusticorum, *l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. l. 3. §. ult. l. 4. l. 6. in fin. de serv. præd. rust.*

2. Cæterum objici solet responsum Ulpiani *l. Mela 14. §. ult. de alim. legat.* quo loco aquæ haustus & pecoris ad aquam appulsum dicuntur esse servitutes personarum: sic enim in omnibus codicibus locus iste legitur: *Nam &c. haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsum, est servitus personæ, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Verum hic locus, si ullus in libris nostris, manifeste corruptus est, idque cuivis, qui modo propius eum

COR-

(1) *L. 6. & l. 7. d. tit. 31. P. 3.*(2) *D. l. 6.*

consideret, facile erit deprehendere. Laborat autem duplici vitio. Primum quia mendose interpunctus est: deinde quia omissa est negatio in postremis verbis; omninoque ita restituendus est: *Nam & haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus, personæ tamen ejus, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur, vel detracta privativa in, utiliter.* Nisi enim ita legamus, nec sententia loci, nec ratio juris de his servitutibus constabit, nec quicquam in eo loco erit, quod cohæreat. Consulebatur Jureconsultus de fideicommisso, quo aqua relicta erat ei, qui vicinum prædium non habebat: respondet, utile esse fideicommissum, nec obstare, quod aqua hæc relicta proponebatur non possessori vicini prædii; nam quod personæ relinquitur, ut in proposito aqua, id non vicino quoque recte relinqui, quantumvis tale sit, quod regulariter jus prædii censetur. Argumento esse aquæ haustum & pecoris ad aquam appulsum, quæ cum natura sua servitutes prædiorum sint, tamen ei, qui vicinus non sit, utiliter constituantur: non utique ut jura prædii, sed personæ, quod etiam toties actum intelligitur, quoties res gesta est inter duos, qui vicina prædia non habent; qua de re monuimus in explicatione *rubricæ* sub finem. Hæc itaque servitutes modo sunt personales, modo prædiales. Personales, si non in usum vicini prædii, sed personæ constituuntur; prædiales, si vicino prædio inserviunt. Id liquidum ex *l. 4. ff. de serv. præd. rust.*

3. *Jus pascendi*] *d. l. 1. §. 1. l. 3. in pr. l. 4. eod.* servitus pascui dicitur *l. 6. in fin. eod.* Est autem: *Jus pascendi pecora in fundo alieno.* Si plerum commune est, jus compascui appellatur, *l. pen. §. 1. si servit. vindic.* Hinc ager compascuus: *In quo vicinis jus est communiter pascendi.* Fest. in voce *Compascuus.* Cic. in *Top. cap. 6. Si compascuus est ager, licet compascere.* Cæterum ita pecoris pascendi jus servitus prædii videtur, si fructuum fundi causa pecora habeantur, *d. l. 4. eod.* quod ita sit, si sint boves aut jumenta, per quæ fundus colitur, *d. l. 3. in pr.* Semper enim hoc tenendum est, servitutem prædii non posse constitui ultra quam ad prædium ipsum opus est, *l. 5. eod.* Idem tamen dicendum erit, si oves sint aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum, caseum conficiendum, quibus ad victum familiæ rusticæ utamur. Qui servitutem pascui habet, aut pecoris appellendi, ei etiam talis constitui potest, ut tugurium ibi habere liceat, ut si hœims ingruerit, habeat quo se recipiat, *d. l. 6. in fin. eod.* De jure pascendi late Cæpoll. *cap. 9. de serv. præd. rust.* Fernandez de Otero, *tract. de pascuis.*

TEXTUS.

Qui servitutem debere, vel acquirere possunt.

3. *Ideo autem hæc servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis consistere non possunt: Nemo enim potest servitutem*

tem acquirere urbani, vel rustici prædii, nisi qui habet prædium; nec quisquam debere, nisi qui prædium habet (1).

Hic textus planus omnino est.

TEXTUS.

Quibus modis servitus constituitur.

4. *Si quis velit vicino aliquid jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam quis testamento heredem suum damnare, ne alius tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat: vel ut patiatur, eum tignum in parietem suum immittere, stillicidiumve adversus eum habere: vel ut patiatur, eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere (2).*

COMMENTARIUS.

I Servitus prædii a lege non constituitur: sed potest re exigente a Judice constitui in judiciis familiæ eriscundæ & communi dividendo, in pluribus prædiis dividendis, unum uni, alterum alteri adjudicante, & unum alteri servum faciente, *l. 22. §. 3. fam. erc. l. 18. com. div.* Extra hunc casum a solo prædii domino constituitur. Cæterum & longa quasi possessione nostra acquiritur. In constituente exigitur, ut sit dominus prædii totius, non pro parte indivisa: communi præ-

dio unus ex dominis pro parte quidem sua servitutem imponere potest, *l. 2. de serv. l. 34. de serv. præd. rust.* nisi forte pariter omnes cedant: tunc enim omnes non alienæ, sed suæ parti servitutem imponunt. Quod si diverso tempore id fiat, novissima cessione superiores confirmantur, *l. 11. de serv. præd. rust. l. ult. comm. præd.* Benigne quoque propter conventionem receptum est, ut qui ante cessit, ventare me uti jure cesso non possit, *d. l. 11. (3).* Quæ omnia etiam in persona acquirentis servantur: nam nec acquirere quisquam prædii servitutem potest, nisi qui ejus prædii solus sit dominus, *l. 1. §. 1. l. 5. l. 6. in fin. l. 8. comm. præd.* & in pluribus acquirentibus eadem distinctio est, quæ in pluribus constituentibus, *d. l. 6. §. 1. l. ult. eod.*

2 Constituitur a domino servitus duobus modis: conventionne, & ultima voluntate, *l. 5. de serv. l. 16. comm. præd. & hoc text.* In conventionali constitutione duo ad acquirendam servitutem requiruntur: pactio ad transferendum comparata, cujusmodi est stipulatio, emptio, donatio, permutatio, *l. 31. de adq. rer. dom. & traditio*, seu id quod traditionis vicem in re incorporali obtinet, puta inductio in prædium servum, aut usus acquirentis & domini constituentis patientia, *l. ult. de serv. l. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 3. in pr. de usufr. (4).* Nam quemadmodum pactionis nu-

(1) L. 1. d. tit. 31. P. 3.

(2) L. 14. d. tit. 31. P. 3.

(3) L. 10. d. tit. 31. P. 3.

(4) L. 1. tit. 30. P. 3.

dæ non ea vis est, ut rem corporalem nostram faciat, l. 20. C. de pact. ita nec per se sufficit ad acquirendam servitutem, l. 3. de obl. & act. Olim hic frequens erat cessione, l. 39. de serv. præd. urb. l. 3. §. 2. & 3. de serv. præd. rust. & videtur ea necessaria fuisse in constitutione servitutum, quæ in eo consistunt, ut dominus aliquid non faciat in suo, puta ne ædes altius tollat; ne luminibus vicini aut prospectui officiat. Nam ejusmodi jura quomodo per usum & patientiam constitui possint, non video: aut sane inductio in prædium hic etiam pro traditione fuit.

3. Suprema voluntate servitus constituitur, cum ea alicui testamento legatur, tit. de serv. leg. in qua constitutione nihil præter voluntatem defuncti desideratur ad acquirendam servitutem, sed statim ei, cui legata est, absque ulla cessione aut traditione heredis acquiritur, l. ult. d. tit. l. 19. §. 1. quem. serv. am. Neque distingui- mus amplius inter servitutem legatam per vindicationem & legatam per damnationem, vid. nota- ta §. 1. tit. seq.

4. Usu quoque acquiritur servitus. Modus per usum ac possessionem nostram servitutem capiendi duplex. Unus communis cum usucapione rerum corpora- lium, si quis eam a non domino, quem dominum existimabat, con- stitutam per tempus legitimum continenter possederit, l. ult. in fin. C. de præsc. long. temp. Al- ter servitutum proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæte-

rum nec vi, nec clam, nec præ- cario, id est, domino prædii ser- vientis sciente & patiente, per continuum definiti temporis spa- tium servitutem usi sumus, l. 10. si serv. vind. l. 1. in fin. de aq. & aq. plu. arc. l. 1. & l. 2. C. hoc tit. (1), ut hic scientia & patientia domini loco tituli aut boni initii & traditionis sint possiden- ti, & longi temporis consuetudo vicem servitutis obtineat. In prio- re specie titulus necessarius est, uti semper cum initium posses- sionis est a non domino, us. de usuc. in pr. Sed tunc dominum nihil juvat ignorantia, d. l. ult. C. de præsc. long. temp. In po- steriori scientiam exiguum, titu- lum non item: nam ex titulo tra- dita statim sine usucapione acqui- reretur.

5. Pactionibus & stipulationi- bus] Pactiones & stipulationes tituli seu causæ sunt constituen- di servitutes; modus autem tra- ditio ficta, ut nuper diximus n. 2.

6. Recte fecisset Tribonianus, si hæc aliquid subjecisset de amis- sione servitutum juxta præscriptum l. ult. de legib. quod observavit in usufructu tit. seq. & passim in hac libello. Suppleamus ergo quod hæc deest. Amittitur servitus pri- mum soluto jure auctoris, ver- bi gratia, si rei sub conditione legatæ imposita sit, & conditio extiterit, l. 11. §. 1. quemadm. serv. am. l. 105. de condition. & dem. Item si prædio emphy- teutico aut beneficiario imposita sit ab emphyteuta aut vasallo, & quo casu hæc prædia ad domi-

nam

num redeant, cap. 1. §. quid er- go, de invest. de re al. fact. in usib. Feud. quippe resoluta jure dantis resolvitur jus accipientis, ut notatur in l. 31. de pignorib. Amittitur secundo remissione, tum aperta, l. 14. §. 1. de serv. tum tacita; puta si permisero domi- no fundi servientis in loco ser- viente id facere, quo servitus impediatur, l. 8. quemad. serv. am. (1).

7. Tertio amittitur confusio- ne, cum prædia confusa sunt, si- ve cum idem utriusque prædii do- minus esse cœperit, l. 30. de serv. vit. præd. urb. (2). Quod si par- tem tantum prædii nactus sim, quod mihi, aut cui ego serviam, placet servitutem non confundi, l. 18. l. 23. §. ult. de serv. præd. rust. Sed & si cum mihi per plu- rium fundos servitus deberetur, unum tantum, atque alterum, non omnes acquisiero, servitus per cæteros retinetur, l. 15. quem. serv. am. Postremo finitur etiam non utendo; si videlicet nemo servitute usus sit, neque is, cui debetur, neque possessor prædii dominantis, amicusve aut hospes &c. l. 20. eod. (3), aut si quis loco quidem usus sit, sed non jure servitutis; aut jure quidem servitutis, sed non servitute con- stituta, l. 10. §. 1. & seq. l. 18. l. ult. eod. Cæterum ita, si nemo usus sit per constitutum continuum tempus, l. 7. eod. l. 6. de serv. præd. urb. quod tempus est decem vel viginti annorum, l. 13. C. de serv. Enimvero si servitutis

usus continuum aut quotidianum tempus non habeat, forte quia alternis annis aut mensibus con- stituta est, duplicato constituto tempore non utendo amittitur, d. l. 7. id est, adversus præsentem 20. annis, adversus absentes 40. Idemque & in longioribus inter- vallis pro ratione & facultate uten- di statuendum. Quicumque vero aut nostro aut prædii nomine usus sit, possessor, mercenarius, hos- pes, amicus, colonus, fructuarius, retinebimus servitutem, d. l. 20. & 4. seqq. quemad. serv. am.

8. Ad urbanarum servitutum amissionem etiam aliud præterea requiritur: has enim placet non aliter perire non utendo, quam si vicinus simul libertatem ædium suarum usuceperit; veluti in ser- vitude altius non tollendi, si per statutum tempus altius sublatum habuerit ædificium, d. l. 6. de serv. prædior. urb. (4). Hoc ita tam va- rie, quia cum rusticarum usus po- situs sit in solo exercitio & facto ejus, cui debentur; solum quo- que ejus non usum placet suffice- re ad amittendam tempore servi- tute. Contra urbanæ, quia ni- hil exercitii habent, sed in sola ejus, qui debet, patientia consi- stunt, non utendo amitti nequeunt; ideoque non sufficit sublatum es- se opus, quod servitutis retinen- dæ causa habeatur, nisi simul is qui servit, hac occasione utens ad libertatem rei suæ usurpandam aliquid contra servitutem molia- tur in suo, ut eleganter D. Con- nan. 4. comm. 12. Vide tamen

Tom. I.

- (1) L. 19. d. tit. 31. P. 3.
(2) L. 17. vers. La otra, eod.

Kk

- (3) L. 16. eod.
(4) D. l. 16.

Har-

(1) L. 14. cum seq. tit. 31. P. 3.

Harprect hoc tex. a num. 33. ubi hanc, aliasque plures differentiae rationes refert, atque impugnat, & nullam aliam assignari posse contendit, quam generalem illam a Juliano traditam in l. 20. de legib. videlicet: *Non omnium, quae a majoribus constituta sunt ratio red. li. potest.*

9. In HISPANIA lex 15. tit. 31. P. 3. expresse distinctionem facit quoad tempus constituendi seu acquirendi servitutes, inter continuas & discontinuas, statuens illas praescribi tempore ordinatio 10. vel 20. annorum: discontinuas vero tempore immemoriali. Vid. Gomez 2. resol. 15. num. 26. cum seq. Molin. de just. & jur. tract. 2. disp. 70. Recte autem monet idem Gomez n. 28. hanc doctrinam locum habere, quando agitur de praescribenda servitute discontinua absque ullo titulo: hoc vero interveniente 10. vel 20. annos labi sat fore. Servitus continua illa dicitur: *Cujus actus seu usus, quantum ex se est, perpetuus & continue durat*, ut servitus aquaeductus, tigni immittendi, oneris ferendi, & similes. Discontinua illa est: *Cujus usus non est continuus, sed positus in hominum actionibus, quae inter-*

rupte fiunt, ut servitus itineris, actus, viae, cum similibus. Illae vero servitutes, quarum actus, quia a naturali causa pendent, perpetui & continui non sunt; forent tamen, si causae naturales concurrerent, utputa stillicidium, quasi continuæ appellantur, & regulas continuarum sequuntur, Molina d. tract. 2. disp. 70. Gomez ubi supra d. num. 26.

10. In servitutum amissione distinctio quoque est in Hispania inter servitutes continuas & discontinuas per non usum admittendas, dum illae tempore immemoriali; istae vero 20. annis amittuntur, l. 16. d. tit. 31. & ibi Greg. Lopez gloss. 5. Molin. d. tract. 2. disput. 70. in fin. Itaque servitutes continuæ breviori tempore praescribuntur seu acquiruntur, & longiori amittuntur, quam discontinuæ. Quod de rusticis duntaxat intelligendum: quia omnes servitutes urbanae amittentur non utendo per tempus ordinarium 10. vel 20. annorum, si modo debitor aliquo facto libertatem usuceperit, ut paulo ante vidimus in vers. *Ad urbanarum ex dicitur*, l. 16. quam in margine laudavimus.

TITULUS QUARTUS. DE USUFRUCTU.

Dig. Lib. 7. Tit. 1. Cod. Lib. 3. Tit. 33. (1).

I **H**Actenus de servitutibus rerum sive praesonarum, sic dictae, quia sunt jura personae in aliena re constituta; siquidem ex re, cui servitus debetur, distinctio ista servitutum petita est, ut ostendimus initio tit. praeced. Species servitutum personalium multae sunt & variae. Etenim sciendum est, etiam jura, quae natura sua realia sunt, ita constitui posse, ut ex ea constitutione personae tantum acquisita esse intelligantur, veluti si in constituendo persona demonstrata sit, cui soli ea praestentur, l. 4. de servit. praed. rust. l. 14. §. ult. de alim. leg. vel si constituta sint ei, qui praedium non habet; aut non habet vicinum. Caeterum haec & similes servitutes personales innominatae sunt & irregulares; nisi eas ad usum referas ad certum modum constitutum, cum D. Donell. 11. comm. 1. Nominatarum autem & vulgarium tres duntaxat species sunt, usufructus, usus, & habitatio. Operae enim servorum vix est, ut servitutibus personalibus adnumerari possint, tum quia non ex persona ejus, cui debentur, sed ex perso-

na operarii aestimantur, hoc est, ex persona ejus, qui eas praestat, aut stant aut intereunt, nec capitis deminutione vel non utendo amittuntur, l. 2. de oper. serv. l. 2. de usu, & usufr. & red. &c. quod & nomen operarum satis ostendit; & totae in actu & ministerio hominis consistunt, l. 1. d. tit. de oper. serv. Hotom. illustr. quest. 41. Cujac. 7. ad African. ad l. 37. hoc tit. de usufr. Caeterum in plerisque usum vel usufructum imitantur, l. 3. l. 4. de oper. serv. l. 2. de usu, & usufr. & red. &c. l. 5. §. ult. usufr. quem eav. Ex tribus autem istis, quas dixi, princeps species est usufructus, deque eo solo hoc titulo agitur; de usu & habitatione titulo seq.

TEXTUS.

Definitio usufructus.

Usufructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Est autem jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est.

Kk 2

COM-

(1) Tit. 31. P. 3.

COMMENTARIUS.

I *Jus alienis rebus utendi fruendi &c.*] Ex Paulo l. 1. *hoc tit.* Ait, est jus, respectu scilicet ejus, cui constituitur: quia usumfructum definit habito respectu ad personam, cui debetur, tanquam præcipuam, ut & cæteræ servitutes definiri solent, ut patet in definitionibus itineris, actus & viæ. Verbum autem *jus* dum adjungitur verbis faciendi, ut in hac definitione, in usu perpetuo juris & omnium latine loquentium, potestatem sive facultatem significat.

2 *Utendi fruendi*] Forma & finis. Duo autem hæc fere conjungi solent, uti frui, licet fructui usus insit, nec intersit, fructus, an ususfructus legetur, l. 14. §. 1. *de usu & hab. l. antep. de usu, & usuf. & red. &c.* nisi corpus, non jus demonstrare volumus, l. 43. *de evict.* His autem verbis a fructuario removetur jus omne in rem, præter usum & fructum; rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumissio, proprietatis oppugneratio, l. 6. l. 9. *C. hoc tit.* (1). Jus utendi hoc tribuit fructuario, ut rem fructuariam tractare & exercere possit ad usum & commoditatem suam, ut tamen id faciat secundum rei conditionem, eamque exerceat ad eum usum, ad quem natura, aut parrisfam. instituto parata est. Etenim ædibus ut ædibus utendum ad inhabitandum, fundó ad fructum ca-

(1) L. 20. tit. 31. P. 3. vers. E este.

piendum, servis ad operas, vestimentis ad induendum, cæteris rebus secundum suam naturam, extra quam qui utitur, abutitur: quod latius explicatur l. 13. §. ult. l. 15. §. 1. & seq. eod.

3 Jus fruendi ei hoc tribuit, ut fructus omnes percipere possit, & percipiendo sibi acquirat, non naturales tantum, qui ex re fructuaria proveniunt, sive sponte, sive opera fructuarii; verum etiam civiles, qui per causam rei obveniunt; puta pretium venditionis, vecturas, mercedes locationis &c. In summa omnis redditus, omnis obventio, omnis utilitas, commodum omne, quod vel ex ipso corpore sive re fructuaria, vel occasione ejus percipitur, fructuarium sequitur, l. 7. l. 9. *hoc tit.* (2). Atque hinc recte colligunt DD. usufructu castri sive jurisdictionis concessio, posse usufructuarium antiquas investituras renovare, Menoch. lib. 1. cons. 66. ad eum pertinere multas & poenas pecuniarias, emolumenta sigilli & officialium, Joan. del Castell. tractat. de usufruct. cap. 36. num. 29. legato usufructu universitatis bonorum, cui jus patronatus annexum sit, jus presentandi fructuario competere, Menoch. d. cons. num. 6. Castell. d. cap. 36. num. 35. ad usufructuarium proprietatis pertinere non tantum canonem annuum, sed etiam, si stante usufructu res emphyteutica alienata sit, laudemium, Castell. d. cap. n. 45. De commodis, quæ fructuarium sequuntur,

(2) D. l. 20. vers. E este.

quantur, qui plura nosse desideret, adeat Donell. 10. *comm. 7.* & 8. *Castill. cap. 36. & 37. tract. de usuf.*

4 Habet & colonus facultatem utendi fruendi re aliena: cæterum jus tantum locatoris, hoc est, locatorem ex contractu tantum sibi obligatum habet ad hoc, ut præstet uti frui licere; unde & illi actio eo nomine in personam duntaxat competit ex conducto, l. 15. *locat.* jus autem in rem, & quod proprium ejus dici possit, de quo hic quæri constat, nullum habet: quippe quod non acquiritur, nisi traditum ex justa causa, ex qua & dominium transferretur, cujusque tuendi & obtinendi causa ad exemplum domini vindictio seu confessoria in rem actio prodita est, §. 2. *infr. de act.* Eadem & de legatario proventus annui dici possunt. Sed & hic ipse non fruitur, sed per manum heredis redditum accipit, l. 38. *de usu, & usuf. & red. &c. l. 21. pr. de ann. leg.* Hotoman. 1. *illustr. 24. Castill. dict. tract. cap. 4. & 5.*

5 *Rebus alienis*] Materia. Estque hoc commune omnium servitutium, ut sint in alieno: neque enim res sua ulli servit, l. 26. *de serv. præd. urban. l. 5. si ususfr. pet.* (1). Recte, inquis: at non ideo recta definitio, cum non omnibus ususfructus servitus sit, & in re aliena. Duo enim, inquis, sunt genera ususfructus. Est quidam separatus a proprietate, quem quod per se consistat, & formam

(1) L. 13. tit. 31. P. 3.

propriam habeat separatam a proprietate, *formalem* Glossa & DD. vocant: est & alius conjunctus cum proprietate, qui quia competit ex causa proprietatis, *causalis* vulgo appellatur. Quæ genera indicantur in l. 21. §. 3. *de exc. rei jud. & alibi.* Illum quidem dices habere eum, qui domini non est, in re aliena: hunc autem habere dominum in re sua; ac proinde non posse non vitiosam esse definitionem, quæ minus contineat, quam definitum, videlicet alterum genus duntaxat, usumfructum formalem.

6 Hæc objectio ne quem moveat, observandum est, verbo *ususfructus* simpliciter aut absolute enuntiato, in toto fere jure, & maxime in quæstione & tractatione de servitutibus, eum solum intelligi, qui a proprietate separatus est, non eum, qui alicujus est jure proprietatis; formalem, non causalem; eum, qui servitus est, non qui pars est juris dominici: quemadmodum appellationibus itineris, actus, viæ, aquæductus tunc solum in jure utimur, cum ista per se habentur sine jure proprietatis: atque ex hoc usu definitionem ita conceptam esse, ut formali tantum conveniat, qui ut solus servitus est, ita & in re aliena solus habetur. Neque veteris ista & magistralis distinctio ususfructus in formalem & causalem vera est, & genuina generis in species divisio, neque pro ea a DD. venditur: sed potius distinctio nominis in sua significata. Vide Wesemb. *parat. hoc tit. n. 4.*

Castill. *d. tract. cap. 1. num. 16.*
Gom. 2. *resol. 15. num. 2. & 3.*

7 Quod si porro quis urgeat, & usumfructum etiam separatam in re fructuarii esse contendat, quia pars domini dicitur in *l. 4. hoc tit.* in promptu responsio est, partem dici, non quod revera pars sit, cum sit servitus, *l. 25. de verb. sign.* sed quia in multis casibus, quos exprimit Paul. *d. l. 4. vice partis fungitur, eodemque jure, quo dominium censetur, propter emolumentum, quod continet, l. 66. §. 6. de legat. 2. & nimirum dictum hoc accipiemus per comparationem cæterarum servitutum, quæ cum dominio tantam affinitatem non habent. Eo pertinet, quod in venditione bonorum etiam usumfructum venire Ulpian. scribit, quia appellatione domini fructuarius quoque continetur, sententia scilicet edicti, *l. 8. in princ. de reb. auct. jud. poss.* quod fructuario de damno infecto caveatur, *l. 13. §. 8. de damn. inf.* quod ad eum pertineat interdictum unde vi, *l. 3. §. 13. de vi, & de vi arm.* quod ususfructus pro parte divisa vel indivisa constitui potest, *l. 5. hoc tit.**

8 Postremo ut demus, usufructuarii respectu juris, quod habet, vere domium dici posse, semper tamen in re aliena jus suum exercet. Quamobrem, neque maritus, neque heres fiduciarius, neque emphyteuta definitione continentur: quippe quorum omnium res ipsa propria est; quæque illi utuntur jure domini, quod

habent, non jure ususfructus a dominio separati.

9 *Salva rerum substantia*] Id est, si Theophilo & Giphanio credimus, quandiu res salvæ manserint. Ego vero hoc amplius hac adjectione proprium seu modum indicari arbitror, ut intelligamus, fructuarii ita uti & frui debere, ut rem salvam servet domino: ac proinde hac clausula fructuarii prohiberi, tum rem consumere causamve proprietatis deteriorem facere (1), tum in aliam formam rem transmutare. Finge igitur, ovium usumfructum relictum esse; non debet fructuarius eas occidere, ut carne vescatur: hoc enim pugnat cum natura ususfructus. Cui fundi ususfructus legatus est, non debet arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quidquam facere in perniciem proprietatis, *l. 13. §. 4. hoc tit.* Sed & si agrum non proscindat, vires non subserat, aquæductus corrumpi patiat, non intelligitur, salva substantia, re uti, *d. l. 13. §. 2. (2).* Ædium usufructu legato non mutabit diætas vel atria, non diruet & ædificabit nova, *d. l. 13. §. 7.* nec si meliorem domini causam faciat, *l. 7. in fin. l. 8. l. 44. eod.* Nam quod traditum est, posse fructuarii causam proprietatis meliorem facere, *d. l. 13. §. 4.* hoc sic temperandum est, dum id faciat excolendo quod invenit, qualitate rei non immutata, *d. l. 13. §. 7.*

10 Ut igitur dominus securus esse possit de proprietate, desi-

(1) *L. 20. titul. 31. Part. 3. vers. Pere.*

(2) *L. 22. d. tit. 31. P. 5.*

derante eo, fructuarius cavere cogitur, & usurum se boni viri arbitrato, & cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde extabit, *d. l. 13. in pr. l. 1. & tot. tit. usufr. quemadm. cav. quæ cautio satisfactio est, d. l. 13. l. 7. usufr. quem. cav. (1), & ad omnem usumfructum, omnemque fructuarii (excepto patre fructuario adventitiorum, *l. ult. §. 4. C. de bon. quæ lib. item fisco, per l. 1. §. 18. ut leg. nom. cav. & casu l. 9. §. 2. usufr. quem. cav. & donatore omnium, aut partis bonorum retento usufr. per l. 19. §. 1. de re jud. cum simil.)* pertinet, *d. l. 13. l. 1. §. 1. & 2. usufr. quemadm. cav.* In tantum autem necessaria est, ut nec a testatore remitti possit, *l. 7. C. ut in poss. ne scilicet amoto cautionis metu fructuarius invitetur ad delinquendum, & pro libidine sua in re fructuaria grassandum: sententia, ac ratio communis: vid. Gail. 2. observ. 145. Joann. Castill. tract. de usufr. cap. 15.* qui etiam aliam rationem affert, quod remissio illa quodammodo cum natura ac sine ususfructus legati pugnare videatur. Illud eodem loco idem recte notat, remissione cautionis facta a testatore non vitari ipsum legatum ususfructus, sed eam pro non scripta habendam esse, *l. 6. ut in poss. leg.* Quod si cautio a testatore remitti non potest, nec poterit confessio inventarii, vel saltem descriptio bonorum, quæ est necessarium cautionis antecedens, Castill. *d. loco post DD. comm.* Plane ut cautio ab here-*

de remitti possit, rationis est, Accurs. Gail. *d. observ. 145.* Castill. *d. loc. num. 16.* Putarem tamen, remissionem non obstare heredi, quominus cautionem postea ex causa exigat, ut hæc remissio tacitam in se habeat conditionem, si recte utatur fructuarius.

11 Quod si fructuarius cavere non possit, eo quod propter inopiam fidejussorem idoneum non inveniat, & an non humanum est, eum admitti oblata cautione juratoria? Aut si eo modo non satis prospectum videbitur proprietario, & an non res fructuaria apud virum bonum sequestranda est, aut eam retinere proprietarius poterit, qui contra fructuario recte caveat, ne pereat ultima voluntas defuncti? Placet in magna varietate eorum sententia, qui totam hanc rem boni Judicis arbitrio permittendam censent, qui ex personis & re, de qua agitur, tum ex facultatibus fructuarii dispiciat & constituat, quid in proposito debeat fieri, utrum cautio juratoria a proprietario recipienda (ad quod tamen non facile eum compellet), an vero apud virum honestum res deponi, vel apud ipsum proprietarium remanere debeat, ut in omnem eventum & proprietario satis consultum sit, & fructuarius commodum percipiat, quod eum percipere omnimodo testator voluit. Licebit hinc usurpare illud Ulpiani in *l. 2. §. 5. in fin. de aq. & aq. pluv. arc. Hoc æquitas suggerit, etsi jure deficiamus: add. Castill. d. tract. cap. 18. n. ult. Gail. 2. observ. 47. Myns. 6. observ.*

(1) *D. l. 20. eod. vers. Pero, cum seq.*

serv. 48. Faehin. 8. contr. 40. Sunt & alia onera, quæ fructuario incumbunt: de quibus vid. §. 38. *supr. de rer. div.* Hoc amplius etiam onera prædiorum agnoscere cogitur, ut tributa, vectigalia, pensationes, quæ prædiis imponuntur, l. 7. §. 2. l. 27. §. 3. *hoc tit. (1).* Vid. *Castill. d. tractat. cap. 56. & seq.*

12 *Est autem jus in corpore, quo sublato*] Sublatum *hic* accipimus non omnino quod penitus & totum perit, sed quod esse desiit id, quod ante fuit: cujus pristina facies mutata, quod ita vel ampliatum vel minutum est, ut in aliam speciem & nomen transierit, l. 5. §. *penult.* & deinceps, usque ad l. 13. *quib. mod. ususfr. vel us. am. (2).* Quod si totum corpus tollatur, ne dominium quidem proprietate remanet. De mutatione rei fructuariæ plenius disputamus ad §. 3. *hoc tit. in calce.*

TEXTUS.

Quibus modis constituitur.

1. *Ususfructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit: ut ecce, si quis ususfructum alicui legaverit: nam heres nudam habet proprietatem, legatarius vero ususfructum. Et contra, si fundum legaverit deducto ususfructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero ususfructum. Item alii ususfructum, alii, deducto eo, fundum legare potest. Sine testa-*

(1) L. 22. d. tit. 31. P. 3.
(2) L. 25. eod.

mento vero si quis velit ususfructum alii constituere, pactionibus & stipulationibus id efficere debet (3). Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente ususfructu, placuit certis modis extinguere ususfructum, & ad proprietatem reverti.

COMMENTARIUS.

I *Pluribus modis*] Ususfructus non uno modo a proprietate separatur & alteri acquiritur. Nam & a lege quibusdam personis constituitur, ut patri in bonis filii adventitiis, l. 6. l. ult. *C. de bon. quæ lib. §. 1. infr. per quas pers. (4):* item patri emancipatori in parte dimidia bonorum adventitiorum filii emancipati, d. l. 6. §. 3. *C. & §. 2. infr. d. tit. & a* Judice in judiciis familiaris eriscundæ & communi dividendo, per adjudicationes scilicet & condemnationes, si res divisionem commode non recipiant, l. 6. §. 10. *com. div. l. 16. §. 1. fam. etc.* Usu quoque nostro & longa quasi possessione, sicut reliquæ servitutes, & ususfructus nobis acquiritur.

2 *Ut ecce*] Formas legendi, quibus ususfructus constituitur & a proprietate separatur, tres perspicue explicat; in quibus notandum, verba illa *deducto ususfructu* non esse otiosa, sed expressu consulto, ut & in d. l. 6. *hoc tit. l. 4. si ususfr. pet.* Nam si uni ususfructus, alteri fundus simpliciter legetur, nominatim, non ex-

(3) L. 20. d. tit. 31. P. 3.
(4) L. 5. tit. 17. P. 4.

presso, *de re actio usufructu*, ambo in ususfructum concurrent, l. 19. *de usu, & usufr. & red. & c. l. 6. de usufr. ear. rer.* Neque obstat quod traditur d. l. 16. §. 1. *fam. erisc.* si Judex alii fundum, alii ususfructum adjudicaverit, non communicari ususfructum. Nam in judiciis divisoriiis hoc agitur, ut a communiione discedatur, l. 1. *eodem tit.*

3 *Pactionibus & stipulationibus*] Quod de servitutibus prædialibus diximus, eas non acquiri pactionibus solis sine facto aliquo, quod traditionem repræsentet, hoc non minus ad acquisitionem ususfructus pertinet, l. 5. *de serv. l. 3. hoc tit. l. 3. de obl. & act. arg. l. 20. C. de pact.* Nam in universum tenendum est, quibus in causis ad rem corporalem acquirendam requiritur traditio, in iisdem, & ad res incorporales acquirendas requiri, quatenus fertur earum rerum natura: ut in proposito traditus ususfructus intelligitur, si dominus, a quo est, ususfructuarium inducat in fundum, eumve patiat uti frui, d. l. 3. *hoc tit.* Testamento autem constituitur ususfructus ipso jure, ut hic ad acquirendum jus in re & vindicationem, non desideretur traditio heredis, sed nuda voluntas sufficiat testatoris. Quod jure quidem veteri obtinebat duntaxat, cum ususfructus legatus erat per vindicationem: nam per damnationem legatus factus heredis præstabatur, teste Paulo 3. *sent. 6.* At hodie idem utriusque legati effectus post exæquationem juris

Tom. I.

(1) L. 20. tit. 31. P. 3. vers. La primera.

omnium legatorum, §. 2. *inf. de legat. l. 1. C. comm. de legat.* De legato per damnationem usufructu, accipe l. 3. *hoc tit. l. 2. si ususfruct. pet.* de legato per vindicationem l. 34. §. *pen. de legat. l. 1. l. 25. §. ult. hoc tit.*

TEXTUS.

Quibus in rebus constituitur.

2. *Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo, & ædibus, verum etiam in servis, & jumentis, & cæteris rebus (1): exceptis iis, quæ ipso usu consumuntur: nam hæc res neque naturali ratione, neque civili recipiunt ususfructum: quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu, assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum ususfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecunie ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, & legatarius satisfat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur. Cæteræ quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant: sed æstimatis his, satisfatur, ut si moriatur, aut capite minuatur, tanta pecunia restituantur, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum ususfructum.*

LI

fructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

COMMENTARIUS.

I Hoc §. agitur de rebus, in quibus ususfructus constitui potest. Et sciendum est, in rebus omnibus, unde aliqua utilitas aut commoditas qualiscunque percipi potest, ususfructum constitui posse, sive immobiles sint, ut domus, fundus; sive mobiles, ut mancipia, jumenta, suppellex &c. in quo differt ususfructus a servitutibus realibus, quæ tantum in prædiis consistunt. Sed & rerum incorporalium ususfructus constitui potest, veluti nominum, l. 3. de usufr. ear. rer. ut fructuarius rem consecutus ea utatur. Potest & jurisdictionis, quam patrimoniam vocant, ut fructuarius & multas & pœnas pecuniarias tanquam fructus jurisdictionis percipiat.

2 Solæ excipiuntur res, quas utendo consumi necesse est, cuiusmodi sunt vinum, oleum, frumentum, cæteræque res, quæ pondere, numero, mensura constare, & in genere suo functionem recipere dicuntur, *infra. pr. quib. mod. re cont. obl. l. 2. de reb. cred.* Has res, ait Imperator, neque naturali, neque civili ratione ususfructum recipere: scilicet hæc est natura ususfructus, jusque de eo constitutum, ut sit in re aliena, sive pœnes eam, qui dominus rei fructuariae non sit, isque jus habeat ea re utendi, fructusque ab ea separandi, aut commoda

ob causam rei obventientia percipiendi, ita ut interim res ipsa, cujus proprietas apud alium est, salva & integra maneat, caveatque fructuarius, se eam finito ususfructu restitutum: quorum nihil in res consumptibiles, hoc est, eas, quæ usu ipso consumuntur & pereunt, cadere posse manifestum est: quippe cum ex iis nulla utilitas percipi queat, nisi consumantur.

3 Vestimenta] Temere atque inconsiderate Tribonianus inter res, quæ usu consumuntur, refert vestimenta. Non enim quæ longiore usu atteruntur & detritu deteriora fiunt, usu consumi dicuntur; sed quæ utendo protinus tolluntur & delentur, quarumque non nisi in abusu usus est. Alioqui eadem ratione dicendum esset, mobilia fere omnia atque utensilia, præsertim lineata, ut mappa, mantilia, toralia, eodem numero habenda; atque ut vestimentorum, ita & harum rerum non verum, sed quasi ususfructum esse: quod nemo dixerit; neque Ulpian. l. 1. de usufr. earum rerum quæ us. cons. cum ait, earum rerum quasi ususfructum esse, quæ usu tolluntur vel minuuntur; intelligit res, quæ usu deteriores fiunt, sed quæ partes consumuntur, veluti si cui ususfructus aliquot modiorum frumenti legatus sit.

4 Ea propter ususfructu vestimentorum legato, non dabuntur ea legatario, ut ejus fiant, ut pro libitu ea consumere, si sive abuti possit, uti sit legato ususfructu rerum fungibilium: sed ut iis utatur, quomodo vir bonus utetur,

tur, l. 15. §. 4. hoc tit. quod veri ususfructus proprium esse, ostendit prima clausula cautionis, quæ in vero usufructu desideratur, l. 1. usufr. quem. cav. neque satisfacit legatarius, se ejusdem generis vestes finito usufructu restitutum, aut earum æstimationem, ut sit in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, l. 7. de usufr. ear. rer. sed rem ipsam & speciem, quam accepit, l. 9. §. pen. usufr. quem. cav. juxta alteram clausulam cautionis in vero usufructu receptæ. Neque enim hac parte cautionis continetur, ut promissor rem restituat non deteriorem, quam erat tempore constituti ususfructus: satis enim est, si dolo aut culpa ejus deterior facta non sit; nulla vero culpa in illo est, qui eo, quod accepit, utitur in eam rem, in quam accepit, ut responsum est de re commodata deteriorē reddita sine culpa commodatarii, l. 10. in princ. commod. ideoque liberatur restituendo corpus, quod superest, aut post usum extat: unde & in proposito formula cautionis non de re ipsa restituenda, sed de eo, quod inde extabit, fere concipi solet, l. 1. in pr. & §. ult. usufr. quem. cav. Sed etsi cautum sit de re ipsa restituenda, idem tamen juris est, ut in hac ipsa specie, quam tractamus, Ulpianus ex Pomponio refert, d. l. 9. §. pen. usufr. quem. cav.

5 Accursius errorem Triboniani duplici commento tegere conatur, uno in d. l. 15. §. 4. hoc tit. altero ad hunc §. Illic, ut ex verbis ejus colligitur, interesse

existimat, utrum vestimentorum ususfructus legatus sit tanquam quantitatis, hoc est, æstimatorum; an vero simpliciter, ut cuiusvis alterius corporis. Hoc casu fatetur, verum ususfructum relictum esse, & restitutione ejus, quod finito usu superest, legatarium liberari, per d. l. 9. §. pen. usufr. quem. cav. Illo autem casu quasi ususfructum vestium legatum videri, finitoque usufructu reddendam esse æstimationem: quod & Aretin. & Fab. sequuntur, eoque referunt hunc §. At hoc posito, jam non tam vestium, quam ipsius pretii quasi ususfructus erit, quod idcirco & solum restituendum, non vestes ejusdem generis: potestque hoc usuvenire & in aliis rebus æstimate utendis fructibus datis, haud absimili ratione quæ species æstimari & in causam mutui converti possunt, l. 11. de reb. cred. Hoc igitur parum pro Triboniano facit. Locus ipse, unde distinctionem istam collegit Accursius, mendosus videtur, nempe d. l. 15. §. 4. hoc tit. Neque enim dubito, quin verba illa: Non sicut quantitatis ususfructus legitur, irreptitia sint, & ab imperito aliquo glossatore profecta, volente gratificari Triboniano: nam & constructionem turbant & perplexum efficiunt sensum.

6 Alterum, quod Accursius ad defensionem Triboniani commiscitur, est in explicatione hujus §. ubi duo genera vestium facit: unum temporalium; alterum perpetuarum: atque inter hæc genera hoc discrimen ponit, quod in temporalibus fictus, in perpetuis

tuis verus ususfructus consistat. Temporalium (de quibus solis hic Tribonianus loquatur) appellatione intelligit quotidianas: perpetuarum, funebres & scenicas; quarum rarior usus. Verum inter quotidianæ & scenicæ vestis ususfructum hoc tantum interesse docet Ulpianus in *d. l. 15. §. 4. & seq.* quod scenica a fructuario locari possit; quotidiana non item: sed hoc aliam habet rationem: quia nempe vir bonus hujus generis vestes non locat.

7 *Quodammodo extinguitur*] Recte, quodammodo; non enim ut vinum, oleum, frumentum utendo, ita pecunia permutando absumitur & revera ac naturaliter perit. Ut enim pecuniam maxime cum re permutemus, solvamus, donemus alii; semper tamen manent ipsa corpora nummorum, nec usu delentur. At si spectamus eum, qui pecunia utitur alienando & expendendo, vi ipsa illi eo usu consumitur & perit. Tam enim eo casu dominus ac possessor esse desinit, quam si consumpsisset. Inter res, quæ usu consumuntur, numerandæ etiam, quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca & odores, *l. pen. de usufr. ear. rer.* Item quarum ita usus est ad res alias conficiendas, ut nisi mutata ad eas res conferantur, ipsæ per se prope sint inutiles: qualis est lana, qua ad vestimenta & stragula conficienda utimur, *d. l. pen.* ad quas res si confertur, ipso usu eam perire necesse est: quippe quæ prius nenda & in filum transformanda, deinde ex filo texendum id corpus, quod

inde extare volumus; *l. 26. de acq. rer. dom.*

8 *Utilitatis causa Senatus censuit*] *l. 1. & 2. de us. ear. rer.* Quo latior esset morientium voluntas, effectum est senatusconsulto, ut earum quoque rerum, quæ usu consumuntur, quasi quidam ususfructus constitui possit, utque illi, qui nollent, hujusmodi res pleno & perpetuo jure esse legatarii, usufructu earum legato id consequerentur.

9 Obiter addo, generaliter cautum senatusconsulto fuisse, ut omnium rerum, quæ in bonis sunt, usufructus legari possit, *l. 1. l. 3. de usufr. ear. rer.* atque ex eo tempore, usufructu bonorum omnium legato, etiam earum rerum, quæ usu consumuntur, usufructum legato contineri, intelligi cœpisse, arg. *l. 37. de usu, & usufr. & red. &c. l. 1. C. de usufr.* cum ante id senatusconsultum alio jure Romani uterentur, ut constat ex loco M. Ciceronis in *Top. cap. 3.* ubi scribit: *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usufructum legaverit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Usus enim, inquit, non abusus relictus est.* Add. *Castill. tract. de usufr. cap. 38. m. 10. & 11. Menoch. lib. 4. de præsumpt. 142. n. 14.* Plane si rerum mobilium duntaxat usufructus relictus sit, res fungibiles legato non contineri, verius est, *Castill. dict. loc.*

10 *De tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur*] Cautio quasi fructuaria duas

duas partes habet, quarum una est de restitutione, altera de restitutionis modo. Quippe clausula cautionis fructuariæ de utendo boni viri arbitrato ad quasi usumfructum non pertinet, ut recte *Castill. d. tract. de usufr. cap. 15. m. 13. & 31.* Ad restitutionem quod attinet, promittit fructuarius, se restitutum non eadem corpora, quæ accepit, quod consumptis iis fieri non potest: sed tantundem, sive pecuniæ ususfructus relictus sit, sive vini, olei, frumenti aut similium rerum. Cæterum ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere posset, commodius est in vino & rebus similibus, eas res dari fructuario æstimatas, eumque certæ pecuniæ nomine cavere, *l. 7. hoc tit.* atque ita moderandum quod ait Justinianus, *his rebus æstimatis satisfieri.* Pars hæc cautionis vel maxime facit, ut in his rebus velut quidam ususfructus haberi incipiat. Nam quod res restitui debet, videtur aliena; & quod tantundem, videtur restitui res ipsa. Sunt enim hæc res ejus naturæ, ut in genere suo functionem recipiant, hoc est, idem inter se mutuo præstent, dum idem genus redditur, *l. 2. §. 1. de reb. cred.*

II Pars altera hujus cautionis est conditio restitutionis, quæ hunc usufructum etiam a mutuo separat. Ea hæc est: *Si usufructuarius morietur, aut capite minuetur.* Soli enim hi duo casus interponuntur, mortis & capitis deminutionis: quoniam rerum,

quæ usu consumuntur, usus aliter amitti non potest, *l. 7. §. 1. usufruct. quemadmod. cav.* Nam cum harum rerum proprietas in fructuario transeat, & hoc agatur, ut pro arbitrato suo iis utatur, & non easdem, quas accepit, sed alias ejusdem qualitatis restituat, non potest hic non utendo, interitu aut mutatione rerum ususfructus extingui. Capitis autem deminutionem accipiemus maximam & mediam duntaxat post constitutionem Justiniani in *l. pen. §. ult. C. hoc tit. de usufr.* de qua *infr. §. 3. hoc tit.* latius loquimur.

TEXTUS.

Quibus modis finitur.

3. *Finitur autem usufructus morte usufructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima, & media, & non utendo per modum, & tempus, quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur usufructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agitur); vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit; quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio suo ceciderint, extingui usufructum, & ne arca quidem usufructum deberi (1).*

COMMENTARIUS.

I Quid sit usufructus, quibus modis constituatur, quæ

(1) *L. 24. cum seq. tit. 31. P. 3.*

quæ res usumfructum accipiant, intellectum est: restat ultimum, ut videamus, quibus modis finiatur. De vero usufructu hoc nunc quæritur. Et in universum finitur tribus ex causis. Aut soluto jure auctoris, veluti si usumfructum sub conditione legatum heres interim alteri constituerit, & conditio extiterit, *l. 16. quibus mod. us. am.* quod & in reliquo jure a domino constituto similiter accidit, *l. 31. de pign.* Aut lege constitutionis, veluti si usufructu ad conditionem vel ad diem constituto, conditio extiterit, aut dies venerit, *l. 5. l. 12. C. de usufr.* Aut natura sua, idque vel ex persona fructuarii, vel ex conjunctione usufructus cum proprietate, vel ex re ipsa, ut ex subjectis apparebit.

2. *Morte fructuarii*] Ex persona fructuarii triplici modo usufructus finitur. Primum morte ejus, sicut jura omnia, quæ personæ coherærent, cum persona extinguntur, *l. 3. in fin. hoc tit. quib. mod. usufruct. vel us. am.* (1). In servo mors domini; in filio superstite post obitum patris, ipsius filii, ante mortuo, ipsius patris spectatur, quasi duplici usufructu constituto, *l. ult. C. de usufr.* Civitati aut municipibus usumfructum relictum placet centum annos durare: quia is finis vitæ est hominis longævi, *l. 56. de usufr.* (2). Enimvero si interim civitas eversa sit, aut ararum passa, quasi morte usumfructum habere desinit, *l. 21. hoc tit.* (3). Adeo autem morte finitur usufructus, ut

licet qualicumque alia ratione amissus repeti possit, morte tamen non possit, nisi forte heredibus legetur, *l. 5. in pr. eod.* quo facto non tam repetitur, quam novus constituitur in persona heredum. Nec tamen si ita legatus sit, ad secundos successores pertinebit, sed primis defunctis finiatur. Nam in re sui natura non transitória ad heredes, heredis appellatio solum primum heredem, non ultteriores continet, ut notat Interpp. ad *l. 65. de verb. sign.*

3. *Capitis deminutione maxima, & media*] Hic alter modus est, quo finitur usufructus ex persona fructuarii, & finitimus præcedenti: siquidem & maxima mediaque capitis deminutione mors quædam contingit, nimirum civilis, dum illa libertatem, hæc civitatem adimit, *l. 63. §. ult. pro soc. cui consequens est, non magis usumfructum his modis amissum repeti posse, quam amissum morte naturali.* Olim etiam amittebatur usufructus capitis deminutione minima, adrogatione scilicet, vel adoptione, aut emancipatione, teste Paulo 3. *sentent. 6. §. capitis, & Justiniano l. pen. §. ult. C. de usufr.* Atque ad hanc speciem tantum referri potest, quod de repetitione usufructus capitis deminutione amissi legimus cum alibi, tum præsertim *l. 3. hoc tit. quib. mod. usufr. vel us. am.*

4. *Non utendo per modum*] Postremo finitur usufructus ex persona fructuarii non utendo: & siquidem omnino non usus est,

nullum dubium est, quin pereat usufructus: sed quæritur, an & non utendo per modum recte dicatur amitti, vel potius, an talis aliquis modus utendi in constituendo usufructu præstitui possit, ad quem si non utatur fructuarii, usufructum amittat. Et non video, cur non possit. Nam si verbi causa, Titio legaverim usumfructum ædium eo modo præscripto, ut ætate habitaret, isque habitaverit hyeme; vel si sylvæ usumfructum alicui legaverim, ut certo tempore & modo sylvam cæderet, & cæciderit alio tempore & modo, non videbitur usus, qui ad suum modum usus non est, arg. *ll. 4. & 5. §. 1. de serv. & l. 2. de aq. quot.*

5. Non uti autem intelligitur, qui neque per se utitur, neque per alios, qui negotia ejus gerunt, aut quibus usumfructum vendidit, locavit, gratis concessit, *l. 38. de usufr.* (1). Quid vero si nec isti utantur? Et interest, donatarius non utatur, an emptor conductorve: nam illo casu usufructus perit; hoc retinetur propter fruitionem pretii aut mercedis. Nam qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui utitur fruitur principali re, *d. l. 38. & 2. seqq.* Potest vero usufructus & pro parte non utendo amitti, *l. 5. dist. tit. l. 14. l. 25. hoc tit. quib. mod. us. am.* & eum quoque qui usumfructum habet, si usus tantum sit, non etiam fruitus, placet usumfructum amittere. Cæterum hoc ita, si ignorabat, se u-

sumfructum habere, non si sciebat, *l. 20. eod.*

6. *Et tempus*] Quod diximus, non utendo finire usumfructum, id ita est, si fructuarii usus non sit per tempus constitutum. Id tempus, cum olim brevius esset, Justinianus revocavit ad ea spatia, quæ ipse præfinivit usucapionibus, *l. 16. & pen. §. 1. C. de usufr.* Igitur ex hac lege rei mobilis usufructus amitteretur non utendo per triennium: rei immobilis per 10. annos inter præsentem, per 20. inter absentes, arg. *l. unic. C. de usucap. transform. & infr. de usuc. in princ.* Atque hæc sane temporum distinctio optime convenit tum rationi juris, tum sententiæ quoque ipsius Justiniani in *d. l. pen. §. 1.* Cæterum ipse Justinianus in *l. pen. C. de serv.* uno anno post *d. l. 16.* edita, voluit generaliter ut usufructus annis 10. vel 20. non utendo amittatur, uti & cæteræ servitutes, ut in omnibus similis sit causa, differentiis explosis. Unde hodie breviori spatio nunquam finietur, ut tenet Glossa in *d. l. 16. & sat indicat ipsa lex pen. de serv.* (2).

7. *Si domino proprietatis cedatur*] Cum vel proprietarius voluntate aut facto fructuarii usumfructum, vel fructuarii voluntate proprietarii proprietatem adipiscitur, ea res in specie a Justiniano consolidatio dicitur. In genere autem consolidatio est: *Quævis usufructus cum proprietate conjunctio sive confusio.* Nam & morte fructuarii, & capitis demini-

(1) *Regul. 27. titul. ultim. Part. 7.*

(2) *L. 26. tit. 31. P. 3.*

(3) *D. l. 26.*

(1) *L. 24. tit. 31. P. 3.*

(2) *D. l. 24.*

minatione, & non utendo conso- lidatur ususfructus cum proprietate, l. 3. in fin. de usufruct. accresc. §. seq. infr. Est autem hæc species amissionis & ipsa ex natura ususfructus. Nam cum in una & eadem persona proprietas & ususfructus concurrant, solidam unius proprietatem nanciscitur, neque amplius jus utendi fruendi separatum intelligi potest; hoc est, ususfructus formalis, de quo hic quaeritur, perit.

8 Cedendo extraneo nihil agitur] Cedendo scilicet in jure: nam extra jus, et si verbum cedere accipimus pro quovis modo concedere aut jus aliquod alteri constituere, etiam fructuarium legitimus posse ita jus suum cedere extraneo, ut patiat, eum uti frui, l. 57. solut. matrim. & eum, cui habitatio legata est, posse eam alteri cedere, hoc est, locare aut vendere, l. 13. C. de usuf. Diversi juris ratio mox indicabitur. Verba autem hæc, nihil agitur, Wesemb. parat. hoc tit. Pinel. 1. de bonis maternis, part. 3. n. 39. Joann. del Castill. tract. de usuf. cap. 69. n. 20. & seqq. sic accipiunt, quasi dixisset Imp. cedendo extraneo ususfructus non finitur, non redit ad dominum proprietatis, nec ad extraneum transit, nulli ea cessio aut damnum affert, et lucrum. Verum ego existimo, quod & frequentius placuit, id quod hic dicitur, nihil agi, referendum esse ad intensionem cedentis & diversum exitum cessionis, quia ususfructus in extraneum, cui ces-

sus est, non transit; sive quia per cessionem extraneo factam non finitur transeundo, ut sic cum ceditur domino proprietatis: nihilominus tamen ex accidenti & præter mentem cedentis contingere, ut & hic finiatur atque ad proprietatem redeat (1), cum a persona discedere sine interitu suo non possit, l. 15. fam. ercisc. Atque ita in terminis discrete responsum est a Pomponio l. 66. de jur. dot.

9 Non est contrarium, quod fructuarium jus suum cuius extraneo vendere aut gratis etiam concedere potest, §. 1. infr. tit. proxim. l. 12. §. 2. l. 38. de usufruct. Nam qui vendit usumfructum, aut alteri concedit, non hoc agere intelligitur, ut jus omne totum, quod habet, a se dimittat & transferat in alium, sed ut retento jure, quod ex constitutione personæ ejus inheret, facultas tantum fructuum percipiendorum ad alium pertineat, quandiu jus illud in persona sua durabit. Quod & ipsum etiam tunc obtinet, cum ususfructus venditus est domino proprietatis, l. 29. §. 1. hoc tit. quib. mod. ut. am. indeque est, quod finiti dicitur ususfructus, non si vendatur proprietario, sed si cedatur. Cessio autem vetus est & proprium alienationis genus, quæ fiebat in jure apud Prætores, quæque id agebatur, ut a cedente jus omne, quod habebat, penitus abiret & transferretur in eum, cui cedebatur. Cujus meminit Cicero. in Top. & Boët. ibid. item Ul-

Ulpian. in frag. tit. 11. & 19. Paul. 5. sent. 6. Igitur in proposito, discedente per cessionem a persona cedentis fructuarium omni jure, quod ante habebat, duorum alterum evenire necesse est: ut aut in eum, cui cessus est, ususfructus transeat, & novus constituatur fructuarium; aut revertatur ad dominum proprietatis: illud ut fiat, ratio juris non sinit; relinquatur ergo alterum, ut ususfructus ad proprietatem recurrat & consolidatione finiatur. Similia sunt, quæ de tutela & hereditate cessa notat Ulpian. d. tit. 11. §. 6. & d. tit. 19. §. 13.

10 Non adeo magni momenti sunt, quæ porro huic sententiæ obijciuntur: veluti quod non præstent impedimentum, quæ de jure non sortiuntur effectum, cap. non præstat de reg. jur. in 6. Si quidem novum non est, ut quæ de jure non sortiuntur effectum, quod aliis noceat, noceant tamen ei, qui fecit, l. 5. C. de serv. pign. dat. man. l. 28. qui & a quib. man. junct. l. 112. §. 1. de legat. 1. sicut nec illud, ut qui male agit, nihil agere dicatur, pr. Inst. quib. ex caus. man. junct. l. 5. C. de serv. pign. dat. d. l. 28. qui & a quib.

11 Ne arca quidem usumfructum deberi] (1). Supervacuum foret monere, sublata re fructuarium usumfructum extingui, si nihil aliud eo significaretur, quam finiri usumfructum interitu totius rei. Sed sciendum est, hoc etiam pertinere ad eas res, quarum species interior & forma mutatur, licet post mutationem pleræque par-

Tom. I.
(1) L. 25. d. tit. 31. P. 3.

tes maneant, quæ erant ejusdem corporis, in quo ususfructus consistebat: nam & hic quia res desinit esse quod prius fuerat, perinde ususfructus extinguitur, ac si ea in totum sublata esset, nullaque ejus pars amplius in rerum natura existeret, quod multis rerum exemplis declaratur in l. 5. §. pen. & ult. & porro usque ad l. 13. item l. pen. & ult. hoc tit. l. 36. de usuf. Cæterum etsi magna mutatio in re facta sit, si tamen ea priorem rei speciem non prorsus tollat, placet usumfructum manere, l. 8. & 2. seqq. hoc tit. l. 53. de usuf.

12 Hoc igitur videndum, quando mutatione rei facta, forma seu species prior mutata intelligi debeat. Et de eo statuendum ex mutatione nominis, tenendaque generalis hæc notio: Si talis mutatio inciderit, ut res propterea in aliud nomen transeat, prius amittat, formam etiam rei mutatam censerit, & usumfructum interire; si post mutationem vetus nomen maneat, non videtur speciem mutatam, atque usumfructum retineri. Non sane quia nomen quidquam pertineat ad substantiam rei, sed quia ex nomine, ut ex posteriori, quale quidque sit, intelligitur: a forma enim res nomen accipit, eaque mutata iterum amittit: indeque est, quod per nomina dicimur cognoscere & dignoscere rerum naturas, auctore Platone in Cratyl.

13 Ad priorem mutationis speciem pertinet exemplum, quod hic & in d. l. 5. §. pen. affertur

Mm de

(1) D. l. 24. tit. 31. P. 3.

de ædibus, quarum ususfructus legatus erat, sublatis: nam sublata superficie, quia ædes amplius non sunt aut nominantur, forma rei mutata intelligitur; ideoque nec aræ, quæ adhuc superest, licet pars ædium fuerit, *l. 21. de pign. act. l. 98. sub fin. de solut.* ususfructus debetur. Ex contrario quoque, si in area, cujus ususfructus legatus est, domus posita sit, ex mutato nomine rem mutatam intelligimus, & usumfructum interire, *d. l. 5. §. ult.* Similiter si quadrigæ usufructu legato, vel unus ex equis decesserit, vel gregis usufructu legato numerus ovium ad eam paucitatem redactus sit, ut gregem non constituat, una cum nomine quadrigæ aut gregis ususfructus extinguitur, *l. 10. §. ult. l. ult. eod.* Eandemque rationem habet, quod pecorum usufructu relicto, si quæ pecora moriantur, adeo pereat ususfructus, ut nec carnis nec corii supersit, *l. pen. quib. mod. us. am.*

14 Posterioris generis exemplum est, si fundi ususfructus legatus sit, & villa diruta: nam hic cum nomine fundi, cujus villa tantum accessio est, usumfructum manere placet, *l. 8. l. 9. & d. l. 10. in pr. eod.* Item si pars ædium in quibus ususfructus constitutus erat, licet maxima, corruerit, pars tamen homogenea, quæ superest, ut nomen, ita & usumfructum retinet etiam totius soli, *l. 53. de usufr.*

15 Quæritur autem hujus juris ratio, & omnino cur placeat, vel aliquando usumfructum rei mutatione extinguatur & in iis etiam partibus, quæ mutato toto adhuc ex-

tant: nam in cætero jure generaliter atque indistincte receptum est, ut re mutata, qualiscunque mutatio facta sit, si quid adhuc restet, in eo jus idem, quod prius in toto constitutum erat, remaneat. Ut ecce: Insula legata combusta est, area nihilominus vindicari potest, *l. 22. de legat. 1.* domus pignori obligata est, sublata superficie, area pignori obligata manet, *l. 21. de pign. act.* Grex legatus est, & postea numerus ovium in tantum decrevit, ut grex non intelligatur; tamen capita, quæ supersunt, vindicari possunt, *d. l. 22. de legat. 1.* Diversitatis ratio ea esse videtur: quia incidente ea, quam dixi, mutatione, res amplius eum usum præstare aut pati non potest, qui fuit tempore testamenti facti, & quem solum testator legasse censerit debet, non alium, quem aliquando res mutata præbere posset: atque omnino finito eo usu, quem tunc res habebat, solidam proprietatem ad eum pertinere voluisse, cui eam nudam interim reliquerat. Constat autem, longe alium usum esse ædium, alium aræ: alium gregis sive universitatis, alium singulorum capitum, alium pecoris, alium corii, *l. 70. §. 3. de usufr.* Cum vero res ipsa aut proprietas rei legatur, nihil est in re legata aut ex ea, quod dici possit legato non contineri. Proprietas uniusmodi est, eadem totius & singulorum partium: unde & toto dissoluto aut mutato, partium quæ supersunt, proprietas manet. Eademque ratio est rei nexæ seu pignori obli-

ga-

gata. Plane si universorum bonorum ususfructus legetur, quæcunque in toto aliquo mutatio contingit, semper partis, quæ post mutationem manet, ususfructus debetur, & talem, qualem pati potest, præstabit; scilicet quia sub appellatione bonorum etiam separatim partis illius ususfructus legatus est, *l. 34. §. ult. de usufr.*

16, IN HISPANIA finitur quoque, que ususfructus civitati relicta, si hæc fuerit eversa seu ararum, passa: cæterum si qui illius fuerant incolæ, aut eorum pars, alio se transferentes aliquid de novo erectum incolerent oppidum, usufructu, quem in eversa civitate habebant, potirentur, *l. 26. tit. 31. P. 3.*

TEXTUS.

Si finitus sit.

4. *Cum autem finitus fuerit totus ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem (1).*

COMMENTARIUS.

I *Totus ususfructus*] Cum ususfructus in totum finitus est, ad proprietatem, unde discesserat, revertitur: atque ex eo tempore, qui ante formalis erat, causalis incipit esse, ut vulgus Interpp. loqui amat. Ait autem diserte, si finitus fuerit totus: nam si pro parte tantum, ita

(1) *L. 24. tit. 31. P. 3.*

demum pro parte amissa ad proprietatem redit, si non plures in eundem usumfructum conjuncti sunt, *l. 1. pr. & §. 3. l. 3. de usufr. accresc.* Conjuncti inter se jus accrescendi habent: de quo jure ex professo dicendum sub §. 8. *infr. de legat.* tantum quæ propria hujus juris sunt in usufructu, hic obiter notabimus. Sunt autem maxime duo: unum est in parte deficiente & accrescente, in quo hoc singulare, quod & quæsitæ & deinde amissa jus accrescendi admittat, sive conjuncto accrescat, *d. l. 1. §. 3.* alterum in persona ejus, cui accrescit, ut & jus accrescendi habeat, qui suam partem vel non agnovit, vel agnitam amisit; *l. 10. eod.* quorum neutrum obtinet in proprietate pluribus legata, aut in pluribus heredibus ad eandem hereditatem vocatis. In his enim sic jus est: primum ut nunquam unius portio, quam semel agnovit, alteri collegatario vel coheredi accrescat: deinde ut ita demum deficientis seu legatarii, seu heredis portio accrescat alteri, si is portionem suam agnovit, *d. §. 8. l. 53. §. 1. de adquir. her. l. un. §. 10. & seq. C. de cad. toll.* Diversi juris rationem ex Celso & Juliano indicat Ulpian. *d. l. 1. §. 3.* quia ususfructus quotidie constituitur & legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicari potest, hoc est, quo nondum quæsitæ est. Hæc una ratio utrumque hoc, quod proprium in usufructu esse diximus, efficit, ut scilicet & amissus alteri conjuncto, utpote

Mm 2

cui

eui is adhuc legari intelligitur, accrescat; & accrescat etiam non agnoscanti vel amittenti portionem suam: quippe cui & ipsi ea portio, quam non amisit, adhuc legari intelligatur. Hinc illa veterum: *Ususfructus non portioni,*

sed homini accrescit, l. 14. §. 1. de exc. rei jud. Item: Portio fundi velut alluvio portioni, personæ fructus accrescit, Papi- nian. l. 33. in fin. hoc tit. de usufruct. Consul. Donell. 10. com- ment. 23.

TITULUS QUINTUS.

DE USU ET HABITATIONE.

D. Lib. 7. Tit. 8. C. Lib. 3. Tit. 33. (1).

EX tribus servitutum per-
sonalium formis una &
præcipua superiore titulo explica-
ta est, ususfructus: sequuntur duæ
reliquæ usus & habitatio: ac de
utraque conjunctim nunc agitur
hoc titulo. Primum de usu, qui-
bus modis constituatur & amit-
tatur, digito ostenditur: mox
quid contineat, accurate docetur
exemplis usus fundi, ædium, ser-
vorum, pecorum: postremo tra-
ctatur de habitatione: quo per-
acto, aperitur aditus ad modos
acquirendi jure civili. Usum sic
recte definiemus: *Jus alienis re-
bus utendi, salva rerum substan-
tia* (2). Usus est jus, sicut & usus-
fructus, & prædiorum quoque
servitutes jura sunt, & dicuntur
respectu ejus, cui debentur. Est
jus utendi, non etiam fruendi:
nam fructui quidem usus inest, at
usui fructus deest, l. 14. §. 1. *hoc
tit.* Ut est: *Rem tractare & exer-*

*cere ad commoditatem aliquam
ex ea percipiendam, quæ secun-
dum rei conditionem inde perci-
pi potest.* Atque hoc usui com-
mune est cum usufructu, quod
uterque in commoditate ex re per-
cipienda versatur: verum hoc in-
terest, quod nudus usus quotidia-
næ utilitatis sufficientia & consump-
tione terminatur; usufructus
omne rei emolumentum continet.
Est igitur usus jus utendi dun-
taxat, non etiam fruendi: sed de
eo postea magis serio. Cætera de-
finitionis etiam usufructui conve-
niunt: nam nec usus rei proprie
separatus intelligitur, & usufructus
ita etiam uti debet, ut ne rem
consumat aut transformet, cau-
samve proprietatis deteriore faciat,
eoque nomine cavere, se
adempta fructus causa, id est, ad
indigentiam tantum, usurum bo-
ni viri arbitrato (3), & cum usus
finitus erit, restitutorum quod in-

vers. La segunda, cum seqq.

(3) *D. l. 20. in fin.*

de extabit, l. 5. §. 1. *l. pen. us-
quem. cav.* In aliis oneribus hæc
distinctio placuit, ut si omnis
fructus ad usufructum redit, etiam
onera, puta tributa & impensas
restitutionis culturæve ferre debeat:
non alias, l. 18. *hoc tit.* (1).

diorum, quæ & ipsæ, quia in
solo usu consistunt, & facto ter-
minantur, individuæ, l. 17. *de
servit. l. 1. §. 9. ad leg. Falc.*
Ususfructus autem dividuus est:
quia licet & ipse in facto ab ini-
tuo consistat, facto tamen solo
non terminatur, sed post se re-
linquit, & fructuario adjicit fru-
ctus atque omnem rei utilitatem,
cujus utique divisio esse potest,
d. l. 1. §. 9. l. sed §. 1. ad leg. Falc.
Cujac. Don. & DD. vulg. ad l. 72.
*de verb. oblig. Gomez 2. var. 10.
num. 18. Castell. tract. de usufr.
cap. 31.* Adhæc, usumfructum
quoque constitui legimus in ju-
diciis familiæ erciscundæ & com-
muni dividundo, si Judex alte-
ri fundum, alteri usumfructum ad-
judicaverit, l. 6. §. 1. *de usufruct.
l. 16. §. 1. fam. ercisc. l. 6. §. 10.
comm. divid. de usu nihil tale.*

TEXTUS.

Communia de usufructu
& usu.

*Iisdem illis modis, quibus
ususfructus constituitur, etiam nu-
dus usus constitui solet: iisdem
illis modis finitur, quibus & usus-
fructus desinit.*

COMMENTARIUS.

I **A**it, iisdem modis nu-
dum usum constitui so-
lere, iisdemque modis amitti,
quibus ususfructus constituitur &
desinit, idemque traditur l. 3.
§. ult. *de usufr.* & de constitu-
tione l. 1. §. 1. *hoc tit.*

2 Est tamen quod inter hæc
duo & in constituendo & in amit-
tendo intersit. In constituendo,
quod ususfructus etiam pro parte
constitui potest, usus non æque,
l. 5. *de usufr. l. 19. hoc tit.* Et
enim frui pro parte possumus, uti
pro parte non possumus, sed
usus cujusque semper in solidum
est, *d. l. 19.* Hoc autem ex eo
est, quod usus tantum necessita-
ti servit, & solo utentis facto ac
consumptione terminatur, nihil
relinquens quod dividi possit: in
quo similis est servitutibus præ-

3 In amittendo hoc interest,
quod usus amissus semper ad præ-
prietatem redeat, nunquam ad
conjunctum, ut aliquando usus-
fructus. Quinimo plures in eun-
dem usum conjungi non possunt:
nam qua ratione usus divisionem
non recipit, eadem nec recipit
communione. Eapropter si duo-
bus ejusdem rei usus legatus sit,
nulla intelligitur conjunctio, aut
usus inter eos communio, nec
concorso partes faciunt. Et ideo
altero deficiente nihil alteri ac-
crescit, sed quod omissum aut
amissum est, statim ad proprietatem
redit: ac neque communi di-
vidundo judicio locus est inter
duos ejusdem rei usuarios, l. 1.
*com. div. ut inter plures ejusdem
rei*

(1) *Tit. 31. P. 3.*

(2) *L. 20. d. tit. 31. P. 3.*

(1) *L. 22. d. tit. 31. P. 3.*

rei fructuarios, l. 7. §. 10. eod. tit. nisi utili, arg. l. 32. de stip. serv. & tum res ita transigetur, ut uni usus totus adjudicetur, & is alteri vicissim æstimationis, l. 10. §. 1. comm. div. aut ut utendi necessitas inter eos temporibus dividatur, per l. 19. §. ult. d. tit.

TEXTUS.

Quid intersit inter usumfructum & usum fundi.

1. Minus autem juris est in usu, quam in usufructu: nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, fæno, stramentis, & lignis ad usum quotidianum utatur: inque eo fundo hætenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest: quum is, qui usumfructum habet, possit hæc omnia facere.

COMMENTARIUS.

1. Hoc §. & seqq. docet Imperator, quid rei cuiusque usus contineat, & quibus in rebus discrepet ab usufructu: idque exemplo veterum declarat propositis ordine quatuor speciebus, usu fundi, ædium, servorum,

(1) D. l. 20. tit. 31. P. 3. vers. La segunda, cum seqq.

rum, pecorum; unde reliquarum rerum usus satis intelligi potest. Initio tradit generalem regulam, quæ ad rerum omnium usum æquo pertinet. Ait, minus juris esse in usu, quam in usufructu, id est, minus emolumentum; siquidem usus cujuscunque rei non plus commoditatis aut utilitatis tribuit, quam quantum usuario necessarium est, eique sufficit ad usum & consumptionem quotidianam, arg. hujus §. & l. 12. §. 1. hoc tit. (1). Ususfructus autem extra hanc sufficientiam & consumptionem progreditur, omnemque utilitatem, commodum omne, quod quavis ratione ex re percipi potest, sine exceptione continet. Denique & usus fructui inest, & ideo si usufructu legato, usus adimatur, placet nullam esse ademptionem: & si tibi usus, mihi usufructus legetur, concurrere nos in usu, l. 14. §. 1. & 2. hoc tit.

2. Oleribus, pomis, floribus, fæno, stramentis, & lignis] Hæc exempli causâ ponuntur: nam usuarius sumere potest generaliter ex omnibus quæ in fundo nascuntur, quod sufficiat ad victum sibi & familiæ, l. 12. §. 1. hoc tit.

3. Ad usum quotidianum] Modus utendi hujus juris proprius, dum ex his omnibus sumat usuarius, quod ad victum sibi, suisque sufficiat, non amplius, d. l. 12. §. 1. (2). Quantum autem cuique sufficiat, id æstimandum ex dignitate & conditione utentis:

(2) D. l. 20.

neque enim ita usus restringendus est, ut non etiam pateat & honestati vitæ & dignitati. Quin etiam longius aliquando itur, & tam large cum usuario pro dignitate ejus agitur, ut his rebus non tantum cum familia, sed etiam cum convivis & hospitibus uti ei permittatur; hætenus tamen, ut oleo, frumento & cæteris frugibus cum convivis & hospitibus utatur in villa: cætera, quorum non admodum grave onus est, si abundant in fundo, etiam in opidum deferri hujus rei gratia possunt, d. l. 12. §. 1. Enimvero necesse non est, sumere singulis diebus quod in singulos eos sufficiat: sed ex penu, hoc est, ut ego interpretor, ex eo, quod ad penam pertinet, capere licet, quod sufficiat in annum, quamvis eo modo fructus consumantur; quod facile evenire potest usu mediocris prædii relicto: nam usuarii prior semper ratio est, l. 15. hoc tit. l. 42. de usufr. In usu domus & servi hoc accidit, ut nihil alii fructuum nomine supersit, l. 15. hoc tit. eademque causa est navis, vestimentorum, vehiculi & similitum rerum, quarum fructus in usu est. Cæterum usuario intra annum mortuo, quod ex penu superest ad heredem ejus non pertinebit; desiit enim posse uti: neque usuarius fructus, quos decerpit aut collegit, suos facit, aut perceptione dominium eorum acquirit, quod tribuitur fructuario, sed tantum jus iis modice utendi habet. Illud constat, non posse ei, qui usum habet, objici, quod pecuniis abundet, unde sibi quæ opus

sunt, aliunde quam ex re usuaria comparare possit.

4. Hætenus ei morari licet, neque domino fundi molestus sit] Possessio earum fundi partium, quæ ad fructum ferendum comparatæ non sunt, quodammodo penes usuarium est; placet enim, eum solum usurum cellis vinariis & oleariis, dominum invito eo non usurum, l. 10. in fin. hoc tit. Deambulandi quoque & gestandi in locis ad eam rem paratis, solus jus habet, d. l. 12. §. 1. eod. Prætorio autem, hoc est, villa urbana, sive domo, non fundi, sed domini causa parata non utitur, nisi & nominatim hujus usus relictus sit, & tum quidem utetur solus, d. l. 12. in pr. Sed villam suo jure occupabit, & dominum illo venire prohibere poterit: tantum pati cogetur illic habitare colonum & familiam rusticam, quæ agri colendi causa illic sit: sed nec impedire poterit quominus proprietarius ipse eo veniat ad fructus percipiendos, & per tempora fructuum colligendorum ibi habitet, d. l. 10. §. ult. & d. l. 12. in pr. Hinc explicandum quod ex Cajo l. 11. eod. Justinianus hæc tradit, hætenus usuarium in fundo morari posse, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento.

5. Nec ulli alii jus, quod habet, locare aut vendere] Quod hæc traditur, etiam ad aliarum rerum usum pertinet, l. 8. & d. l. 12. §. 4. & ult. eod. Et hanc habet rationem, quod in usu spectatur persona ejus, cui relictus est, &

modus familiæ ejus, ut pro conditione & dignitate sua utatur: quod fieri non potest, si alii venderet: nam emptoris alia potest esse consideratio & multum diversa a conditione usuarii. Id tamen cum hoc temperamento accipiendum est, nisi ex conjecturis appareat, testatorem jus quoque locandi aut vendendi usum concedere voluisse. Cujusmodi conjecturæ sumi possunt vel ex conditione legatarii, vel ex genere relicti. Nam si aurigæ usus equorum legatus sit, cum testator sciret, eum hujus esse instituti & vitæ, placet, eum etiam locare equos posse: quia de hoc etiam usu testator videtur sensisse, & retulisse usum ad rationem vitæ legatarii, *d. l. 12. §. 4.* Si sylvæ usus legatus sit, Hadrianus statuit, fructum quoque legatum videri: quia nisi liceret cædere sylvam & vendere, quemadmodum usufructuariis licet, legatarius nihil habiturus esset ex eo legato, *l. pen. eod.* Quod plerique sic acceperunt, si sylvæ remotior sit ab oppido, ut si cogatur legatarius ipse eam cædere, & quod excidit usus sui causa domum comportare, plus impensurus sit, quam si in propinquo ab aliis emeret: neque ita intelligendum, quasi legatario liceat cædere & vendere tantum, quantum solebat dominus, aut quantum fructuario licet, sed pro modo & ratione usus sui.

6. *Possit hæc omnia facere*] Rem utendam fruendam alteri locare, vendere, gratis concedere, *l. 12. §. 2. de usufr.* etiam invito

(1) *L. 24. tit. 31. P. 3. vers. Ca como.*

herede, *l. 67. eod.* Hoc ne quem turbet, diceandum est, duplex quodammodo jus fructuarium habere: quorum unum mere personale est, ita infixum personæ ejus, cui usufructus primo constitutus est, ut ab eo avelli nequeat: unde etiam cum de amittendo, aut finiendo usufructu quæritur, ejus solius persona semper spectatur, *l. 8. §. ult. de per. & com. rei vend.* Alterum reale consistens in usu & fructu rei fructuariæ, quod a fructuario abire & in alium transferri possit (1), licet a personali illo jure promanet, inque eo ita radicetur, ut necesse sit cum illo extinguatur. Illustratur hæc distinctio exemplo heredis & creditoris, in quibus similiter jus geminum animadvertimus: unum, quod personale est atque ossibus eorum, ut DD. loquuntur, inhæret, heredi ex aditione hereditatis, creditori ex obligatione quæsitum; alterum reale in re quæsita aut debita. Illud in eo cernitur, quod qui semel heres extitit, semper heres maneat, ac proinde vendita hereditate nihilominus actiones hereditarias ipse exercent & excipiant, *l. 2. C. de hered. vel act. vend.* creditor, actione vendita, jus ipsum agendi adhuc retineat, *l. 3. C. de novat.* Hoc in eo, quod heres jus omne, quod in re habuit, in emptorem hereditatis transfert, *l. 2. in pr. & passim de hered. vel act. vend.* qui ob id vicem heredis obtinere dicitur, *d. l. 2. §. antepen.* & utilibus etiam actionibus suo nomine experiri potest, ut & is, cui nomen venditum aut le-

ga-

gatum est, *l. 16. de pact. ll. 5. 7. 8. C. de hered. vel act. vend.* Potest igitur fructuarium, ut eo redeam, etiam jus, quod habet, in alium transferre: utique tamen non illud, quod ex constitutione personæ ejus inhæret; sed eo retento, quod extra personam ejus consistit, quod habet in re fructuaria.

TEXTUS.

Ædium usus.

2. *Item is, qui ædium usum habet, hætenus jus habere intelligitur, ut ipse tantum inhabitet; nec hoc jus ad alium transferre potest: & vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat; & cum uxore liberisque suis, item libertis, necnon personis aliis liberis, quibus non minus, quam servis utitur, habitandi jus habeat (1). Et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.*

COMMENTARIUS.

1. *Hoc* §. ostenditur, quid contineatur usu ædium: latissime autem hoc declaratur *l. 2. §. 1. cum 6. ll. seqq. & l. pen. §. 1. hoc tit.* De eo nemo dubitavit, quin is, cui ædium usus legatus est, eas inhabitare possit: uti & illud quoque semper constitit, non posse usuarium habitationem alteri locare, vendere aut gratis concedere, *hoc*

Tom. I.

(1) *L. 21. d. tit. 31. P. 3.*

text. & l. 8. eod. Circa eum autem, qui ipse inhabitet, quædam quæsita sunt: veluti, si ædes amplæ sint, & tam angustus usuarius, ut eas totas simul occupare non possit, an non liceat proprietario partibus iis, quæ vacuabunt, uti? Sed placuit, non licere, quia cum usuarius jus utendi habeat, etiamsi nunc non utatur, postea tamen cum voluerit, uti potest, & alio tempore partes illas occupare, *d. l. pen. §. 1.* Item, an qui ipse inhabitet, possit in partem habitationis alios admittere? de quo mox in explanatione textus.

2. *Nec hoc jus ad alium transferre*] Qui usum ædium habet, neque locare, neque concedere habitationem, neque vendere usum potest, *l. 8. hoc tit.* quod non est speciale in usu ædium, sed ad aliarum quoque rerum usum pertinet, ut relatum *supra* §. præced. Illud speciale est, quod usus ædium & usufructus in eo solum differunt, quod hic locari, vendi, alteri concedi potest, ille non potest. Cæterum utentis nihil interest, usum ædium habeat, an usufructum; idque clarissime patet ex locis supra citatis, & *hoc* §. junct. *l. 15. eod.* Quod autem diximus, eum, qui usum ædium habet, non posse habitationem locare, aut alteri concedere, hoc ita est, si seorsum locet aut concedat sine se, *d. l. 8.* nam si ipse inhabitet, non prohibetur partem ædium, quam ipse non occupat, aut quia nimis spatiosæ, occupare non potest, al-

Na

te-

teri locare, ut pensionem percipiat, *l. 4. hoc tit.* Quod Labeo dicebat, posse eum, qui ipse habitat, inquilinum recipere, *l. 2. in fin. eod.* notatur a Proculo, quod inquilinum non belle appellavit eum, qui cum alio habitat, *d. l. 4.* nam inquilinus proprie dicitur: *Qui in conductis ædibus habitat solus, l. 37. de adquir. possess. l. 1. §. 1. l. 2. de migrando.*

3 *Et vix receptum esse videtur*] Quod ait, vix receptum esse, ut is, qui ædium usum habet, hospitem recipere possit, sic accipiendum est, ægre quidem ab initio id receptum esse propter dubitationes veterum; tandem tamen obtinuisse, *d. l. 2. §. 1.* Ait, *ut hospitem ei recipere liceat*: sive gratuitum illis hospitium præstet, sive mercenarium, *d. l. 2. §. 1. & d. l. 4. in pr.* Plane etsi quemlibet extraneum convictorem recipere potest: tabernam tamen cauponiam ei exercere non licebit, quæ publice viatoribus omnibus & peregrinis pateat, arg. *l. 13. §. ult. de usufruct. (1).*

TEXTUS.

De servi, vel jumentu usu.

3. *Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum opera atque ministerio ejus uti potest: ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est & in jumento (2).*

(1) Arg. *l. 27. d. tit. 31. P. 3.*

COMMENTARIUS.

I **S**ervorum usus est in eorum operis: est & in fructibus, hoc est, iis rebus, quæ per servos acquiruntur. Operis uti potest usuarius in re quolibet, nec tantum ad ministerium suum, sed etiam ad liberorum suorum & conjugis, *l. 12. §. pen. & ult. hoc tit.* dum tamen secundum conditionem servi: nam & a fructuario hoc exigitur, *l. 15. §. 1. de usufr.* Cæterum ipsum usuarium uti oportet, non aliis operas locare aut utendas concedere: quanquam parum refert, utrum utatur in re plane sua, an in opere alieno, quod ipse expediendum conduxerit, *d. l. 12. §. ult. & l. seq. eod.* De iis, quæ per servum usuarium acquiruntur, ita placuit, ut si quid acquiratur usuario; quoniam nec locare servi operas potest: si autem ex re usuarii, puta si institor erit, & opera ejus usuarius utatur in taberna ad mercès emendas & vendendas, aut si jussu usuarii per traditionem accipiat, usuario acquirit, cum hac opera in re sua usuarius utatur, *l. 14. in pr. l. 16. §. 2. l. 20. eod.*

TEXTUS.

De pecorum usu.

4. *Sed & si pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana*

(2) *D. l. 21. tit. 31. P. 3.*

TEXTUS.

De habitatione.

utetur usuarius: quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.

COMMENTARIUS.

I **P**ecorum vel ovium] Erro-
ror Triboniani, nisi legendum veluti ovium, ut vertit Interpres Græcus, & flagitat locus Pauli *d. l. 12. §. 2. hoc tit.* unde hic desumptus est: quippe nemini dubium est, quin appellatione pecorum etiam oves continentur.

2 *Neque lacte, neque agnis, neque lana*] Igitur in usu pecoris puta gregis ovilis, vaccarum aut caprarum, minimum est: nam nihil ex iis, quæ in fructu harum pecudum sunt, usuarius sumere potest: sed tantum ad stercorandum agrum suum, quo pinguior & foecundior fiat, his uti; & insuper modico etiam lacte, neque enim tam stricte voluntates interpretandæ, *d. l. 12. §. 2.* Cumque cæterarum rerum etiam possessionem tradi usuario oporteat, ut iis utatur, diversum tamen esse apparet in pecoribus, quæ tantum ad fructum ferendum habentur.

3, **I**N HISPANIA is, cui pecorum usus relictus est, non solum pecoribus ad stercorandum agrum uti potest; sed etiam ex lacte, caseo, lana & agnis sumere quantum ad penum sibi cum familia necessarium sit, *l. 21. d. tit. 31. Partit. 3. vers. Otrósí.*

(1) *L. 27. d. tit. 31. vers. E*

5. *Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus: quanquam habitationem habentibus propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata, permisimus, non in ea degere, sed etiam aliis locare (1).*

COMMENTARIUS.

I **R**estat ultima species servitutis personalis, habitatio. Ea est: *Jus in ædibus alienis habitandi cum personis quoquo modo ad nos pertinentibus.* Etenim effectu idem pene est habitatio quod usus ædium: easdemque personas, qui habitandi jus habet, recipere potest, quas usuarius, *l. 10. hoc tit.* Constituitur quoque habitatio iisdem modis quibus usus & ususfructus, iisdemque modis finitur; excepto quod non finiatur non utendo, *d. l. 10.* quod ideo placuit, quia habitatio magis in facto, quam in jure consistit, *l. pen. de cap. min.* ex quo est, quod legatæ habitationis dies non semel cedat, sed per dies singulos, perinde ut ususfructus in singulos dies relictus, *l. 1. pr. quand. dies us. leg. ced. & arg. d. l. pen. de cap. min.* ut plura hic sint legata, & quasi nova singulorum dierum habitatio: ob quam etiam causam nec

Nn 2

ca-

capitis deminutione (scilicet minima) olim amittebatur, *d. l. pen. & d. l. 10.* Ex constitutione autem Justiniani nec usus nec usufructus ita perit, *l. penult. C. de usufruct.* ut jam hac in parte nulla amplius sit differentia.

2 *Quasi proprium aliquod jus*
Hoc est, species quædam servitutis personalis, quæ proprie neque usus est neque usufructus, licet olim parum distaret ab usu, *d. l. 10.* Hodie per constitutionem Justiniani *l. 13. C. de usufr.* ad usumfructum prope accedit. Sunt tamen qui negant, habitationem esse speciem servitutis personalis, & omnino servitutem esse: quoniam duæ tantum personarum servitutes memorantur a Marciano *l. 1. de serv.* Sed ille vel exempli causa duas istas duntaxat tulit, vel sub usu etiam habitationem comprehendit, quia jure veteri habitatio effectum idem erat quod usus, auctore Ulpiano, *d. l. 10.*

TEXTUS.

Transitio.

6. *Hæc de servitutibus, & usufructu, & usu, & habitatione dixisse sufficiat. De hereditatibus autem, & obligationibus suis locis proponemus. Exposuimus summam, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo & civili jure acquiruntur.*

COMMENTARIUS.

1 Duplex transitio, & utraque perfecta: in epi-

logo prioris respicitur ad *tit. de reb. corp. & incorp.* hujus libri secundum; ubi cum non tantum servitutes prædiorum, usus & usufructus inter res incorporales numerentur, verum etiam hereditas & obligationes, ac de servitutibus, usufructu & usu hactenus tractatum sit; videri poterat, nunc protinus de hereditatibus & obligationibus dicendum esse: sed in propositione seu membro sequenti, harum rerum tractationem in alium locum rejicit: tractationem de hereditate, quia adhuc agendum de modis, quibus res acquiruntur singulæ; susceptione autem hereditatis acquiruntur bonorum universitas: tractationem de obligationibus, quia obligatio non est jus in rem, de cujusmodi jure acquirendo nunc quaeritur, sed ad rem duntaxat, pariens creditori actionem in personam, non vindicationem rei. In posterioris epilogo respicit ad *§. 11. sup. tit. 1. de rer. div.* quo loco recepit, se post expositos modos acquirendi jure gentium dicturum esse de iis modis, quibus dominium nanciscimur jure civili.

2 Modi acquirendi jure civili vel singulares sunt, vel universales. Singulares: *Quibus acquiruntur res singulæ*: universales: *Quibus una acquisitione, tanquam per aversionem, acquiruntur bona alicujus universa*: de quo genere acquisitionis agere incipit *infra §. ult. tit. 9. hujus libri.* Modi acquirendi jure civili res singulas duo tantum ab Imperatore exponuntur, usucapio *tit. seq.* & donatio *tit. 7.* Cur de legatis &

fideicommissis, quæ huc alioqui pertinent, nunc non simul tractare voluerit, dicitur *d. §. ult.* Pertinent item huc & alii modi: veluti cum possessori attribuitur dominium rei, quam dominus vi eripuit aut invasit, *§. 1. infr. de vi bonor. rapt. l. 7. C. unde vi.* Cum uno ex duobus, qui a Principe munus acceperunt, moriente absque herede, pars deficientis consorti accrescit, *l. un. C. si*

liberal. imp. soc. sine hered. deces. lib. 10. Item cum Ecclesiæ acquiruntur res ex pecunia sua emptæ absque ulla traditione, *l. ut inter 24. C. de sacros. Eccles.* Mancipatio, quam Cicero in *Topic. traditionem nexu* vocat, & in jure cessio, de quibus Ulp. *tit. 19. Boët. ad d. loc. Ciceronis*, jam tempore Justiniani exoleverant. Antiquitatis studiosi adeant D. Anton. Contium *1. disput. 12.*

TITULUS SEXTUS.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS

PRÆSCRIPTIONIBUS.

Dig. Lib. 41. Tit. 3. Cod. Lib. 7. Tit. 31. & 33. (1).

1 **I**nter acquisitiones juris civilis vel prima & præcipua est usucapio. Nam etsi Græcis quoque non incognita fuit, eamque etiam Plato *lib. 12. de legib. pag. 697.* in suam inexit Rempubl. tamen civili tantum ratione, non etiam pure aliqua naturali nititur, ab eaque longius etiam, quam cæteræ acquisitiones civiles, recedit. Utrum autem quid juri civili adscribendum sit, an juri naturali, id non ex nudo usu populorum, sed ex eo, quod suggerit ratio naturalis, æstimandum est, *§. 1. supr. de jur. nat. gent. & civ.* Usucapio, definitore Modestino in *l. 3. hac tit.* est: *Adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti.* Quid singula definitionis sibi velint, dicitur postea in explanatione *§. 7. infr. eod.*

2 *Longi temporis præscriptionibus* Erat olim triplex inter usucapionem & longi temporis præscriptionem discrimen, in rebus, in tempore, in acquisitionis effectu. Usucapio locum habebat in rebus immobilibus Italici soli tantum, in mobilibus omnibus. Præscriptio frequentabatur in prædiis duntaxat provincialibus. Usucapio rerum mobilium anno terminabatur, immobilium biennio. Præscriptio consummabatur decem annis inter præsentem, viginti inter absentes. Usucapio possessorem

(1) *Tit. 29. P. 3. & tit. 15. lib. 4. Recop.*

dominū efficiēbat. Præscriptio possessori non dominium tribuebat, sed jus aliquod dominio simile & proximum, de quo dicam plenius postea. Hasce differentias sustulit Justinianus, servato uno discrimine rerum mobilium & immobilium, *l. unic. C. de usucap. transform.* Hodie itaque idem est usucapio ac longi temporis præscriptio.

TEXTUS.

Præcipua usucapionis requisiti. 1. Bona fides. 2. Possessio per tempus definitum continuata. 3. Justus titulus.

Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique uno; si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucaperet: ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora: nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium; immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter præsentis decennio; inter absentes viginti annis) usucapian-

tur: & his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum justa causa possessionis præcedente acquirantur.

COMMENTARIUS.

I *Jure civili*] Hoc plerique sic interpretantur, perinde ac si dixisset, lege XII. Tab. & verum est, ex hoc fonte jus usucapionum manare; sed quod sequitur de distinctione locorum, ex lege XII. Tab. esse non potest: quippe cum eo tempore, quo Decemviri legem tulerunt, populus Romanus pedem extra Italiam non haberet, sed angustissimis intra ipsum Italiæ solum finibus imperium Rom. contineretur. Credibile vero est, propagatis postea imperii finibus, Jurisconsultorum disputatione prædia Italici soli & provincialia jure auctoritatis distincta fuisse. Existimare licet, sic lege sancitum fuisse: *Usus auctoritas fundi biennium esto: cæterarum rerum annus esto. Auctoritatis verbo multa & diversa significantur.* In proposito puto, Decemviros nomine auctoritatis intellexisse jus legitimi dominii, ut sit sensus: usus, qui auctoritatem, id est, justum dominium fundi afferat, sit spatium biennii; qui cæterarum rerum, annus. Quod perinde est, ac si dixissent: *Fundus biennium possessus usucapitor: cæteræ res annui possessæ usucapiuntur.*

2 *Bona fide*] In persona ejus, quem usucapere volumus, hæc quinque sunt necessaria: bona

na fides, justus titulus, possessio continuata, tempus legis (1), & res non vitiosa (2). Bona fides æstimavit ex eo, quod possessor putavit, eum, a quo rem accipit, dominum esse, aut jus transferendi dominium habere, ut proinde opinetur, se quoque statim dominum effectum esse, *l. 109. de verb. sign.* (3). Hæc autem opinio necesse est, ut remota sit ab errore juris: nam juris error acquirere volentibus nunquam prodest, *l. 7. l. 8. de jur. & fact. ign.* ac proinde nec possessori in usucapionibus, *l. 31. pr. hoc tit. l. 1. §. 15. pro empt.* Cæterum sufficit, ab initio bona fide possessionem nancisci. Jure enim civili beneceptam usucapionem non impedit scientia rei alienæ postea superveniens, *l. unic. C. de usucap. transform. l. 48. §. 1. de adq. rer. domin.* spectaturque in ea re initium traditionis, non contractus, *l. 15. §. ult. l. 44. §. 2. hoc tit.* præterquam in emptione, in qua utrumque tempus inspici placet, & quo contrahitur, & quo res traditur, *l. 2. pro empt. l. pen. hoc tit.* (4). Diversitatis rationem indicat Paul. quoad stipulationem in *d. l. 15. in fin.* quia, inquit, concessum est stipulari rem etiam, quæ promissoris non sit, innuens, salva fide etiam scientes rem alienam stipulari nos posse: at non patitur sincera fides, ut rem alienam sciens quis emat: & ideo huic non præstat evictio, *l. 27. C. de evict.*

- (1) *Ll. 9. & 18. d. tit. 29. P. 3.*
 (2) *Ll. 6. & 7. eod.*
 (3) *Dd. ll. 9. & 18. eod. l. 9. tit. 33. P. 7.*

3 *Rem*] Corporalem scilicet, nam res incorporales, veluti servitutes, per se usucapionem non recipiunt, *l. 14. de serv. l. 43. §. 1. de adq. rer. dom.* quippe in quæ non cadit possessio, in ea nec usucapio cadit. Cæterum est in his rebus locus acquisitioni longæ quasi possessionis, & effectū juris quasi usucapiuntur, *l. ult. C. de præsc. long. temp. l. 10. si serv. vind.* (5). Vide quæ scripsi ad *§. ult. sup. de serv.* Plane per consequentiam etiam veteri jure usucapiebantur, cum id prædium usucaptum esset, cui servitus debetur, *l. 10. §. 1. hoc tit.* quanquam revera nihil hic usucapitur, sed prædium suæ conditiones sequuntur, *l. 23. §. 2. de serv. præd. rust.* De aliis rebus, quæ usucapionem non admittunt, dicam §§. seqq.

4 *Aliave justa causa*] Id est, justo titulo, qui nempe idoneus sit ad transferendum dominium (6): eos enim, qui nullo justo titulo possident, ratio juris dominium querere non patitur, *l. 24. C. de rei vind. l. 4. C. de præsc. long. temp.* eademque prorsus in proposito ratio est domini transferendi, & transferendi conditionem usucapionis, *l. 31. de adq. rer. dom. §. pen. inf. per quas pers. cuique acq.* Justa causa, aut a privatis est, aut a Judice, aut a Magistratu, aut a nullo, sed ab ipsa rerum conditione. A privatis, si quid ab his domini transferendi

- cau-
 (4) *L. 12. d. tit. 29. P. 3.*
 (5) *L. 15. tit. 31. P. 3.*
 (6) *Dd. ll. 9. & 18. tit. 29. Part. 3.*

causa traditur, solvitur, datur, l. 3. §. antep. de adq. poss. (1) cujus generis pleræque propriis tit. comprehensæ in Pand. & C. A. Judice, in adjudicationibus, quæ fiunt in judiciis divisorii, si videlicet de alienis fundis tanquam communibus actum sit, l. 17. hoc tit. alioqui statim res ejus fit, cui adjudicata est, §. ult. inf. de offic. jud. A Magistratu, quibus in causis possessionem transferre potest: siquidem juste possidet qui auctore Prætoris possidet, d. l. 3. in fin. l. 11. de adq. poss. (2). A nullo, in iis quæ sola occupatione, si nullius essent, statim nostra fierent (3). Hinc titulus possessionis specialis pro suo, l. 2. pro suo. Generaliter quidem etiam quisquis ex justa causa possidet, pro suo possidet, l. 1. eod. Verum ex speciali titulo usucapio; ex generali nulla, nisi specialis aliqua causa, puta emptio, donatio &c. præcesserit: nec sola existimatione nostra, sed revera; l. 27. hoc tit. de quo plenius postea §. 6. hoc tit.

5 Si mobilis erat, anno ubique uno] Ubique, tam in provinciis, quam in Italia. Nam cum res mobiles solo non cohæreant, loco distinguere non potuerunt, & conditione sua omnes usucapionem recipiunt. Immobilem autem quædam tales erant, ut usucapio in iis non haberet locum, qualia erant prædia provincialia, ut mox dicemus. Quod autem brevius tempus usucapioni rerum mobilium præfinitum sit, quam

immobilium, non alia ratio est, quam ea, quam hic indicat Justinianus post Cajum l. 1. hoc tit. quod veteres crediderunt, annum aut biennium domino sufficere ad inquirendas res suas: posse scilicet quemlibet patremfamilias res mobiles uno semestri recensere, & altero, quæ desiderantur, querere; prædia uno anno lustrare, & quæ ab alio possessa invenerit, altero anno recuperare: quod & Varro de re rust. bono patrifam. faciendum esse monet.

6 Immobilis tantum in Italico solo] Aut eo, quod jus Italici soli habebat. Nam & in provinciis fuere quædam prædia juris Italici, videlicet coloniarum, quibus jus Italicum datum erat, l. 1. de censib. in quibus prædiis mancipationi, & usucapioni locum fuisse, dubitandum non est. His exceptis, prædia provincialia neque a possessoribus mancipationi dari, neque ab alio usucapi olim poterunt. Nimirum, quia uterque hic modus acquirendi ex jure Quiritium erat, plenumque jus & dominium Quiritiarium continebat. Possessores autem prædiorum provincialium directi domini & pleno jure non erant: sed jus summum domini populus Romanus sibi reservare consueverat, cum ea bello capta veteribus dominis restitueret, inque argumentum renti juris annuum iis vectigal imponere. Cæterum jus, quod possessoribus relictum erat, uti id a domino juris statim in alios traditione transferri poterat; ita &

(1) Dd. l. 9. & 18.

(2) Arg. l. 10. tit. 30. P. 3.

(3) Arg. l. 49. tit. 28. P. 3.

a bonæ fidei possessore longi temporis possessione acquiri, ne semper inquietaretur: quæ acquisitio præscriptio dicebatur, l. 13. §. 1. de jurejur. Erat autem jus tale, quod & exceptione defendere, & amissa possessione, utili actione persequi, d. l. 13. §. 1. de jurejur. l. 8. C. de præscr. 30. ann. heredibus denique relinquere, & in alios quosvis transferri licebat. Jus nimirum aliquod reale simile emphyteutico, quod proxime ad jus dominicam accedebat, & quod nunc vocareat dominium utile. Postquam autem Justinianus, quod præscriptioni deerat, ex usucapione supplevit, unumque genus acquisitionis ex duobus fecit, certum est, possessione longi temporis justum & directum dominium possessori acquiri.

7 Ne rerum dominia in incerto essent] Si jus de usucapione constitutum æstimetur ex meritis præceptis juris naturæ sive gentium, defendi ab iniuritate non potest: sed quod ex iniquo habet contra singulos, rependitur utilitate publica. Bono enim publico usucapio introducta est, ne scilicet diu rerum dominia in incerto essent, l. 1. hoc tit. quippe incertitudo domini facit, ut res quæque negligentius habeatur, agrum diligentius colantur: pariter lites & controversias, quibus occurri publice interest: atque ut occurratur, & litium aliquis sit finis, usucapio constituta est, l. ult. pro suo; & ideo Cicero in orat. pro Cæcin. cap. 26. usucapionem appellat finem sollicitudinis & li-

Tom. I.

(1) L. 1. tit. 29. P. 3.

tium. Hæc igitur causa Legislatorum movit, ut usucapionem introducerent: ut vero id fieret cum minima privatorum injuria, certa atque idonea tempora præstituerunt, quæ abunde dominis sufficerent ad inquirendas res suas, easque sibi asserendas, & possessionem alterius interpellandam (1). Quod si facere negligant, & patiantur usucapi, suamet ipsorum voluntate quodammodo rem alienare videntur, l. 28. de verbor. sign. Quamquam etiam contra ignorantem rem suam ab alio possideri usucapio procedit, l. un. C. de usucap. transform. l. ult. C. de præscr. longi temp. (2). Privatum enim damnatum, quod ex usucapione est, pensatur egregio publico, in quo vera & solida utilitas continetur, & cujus proinde prima ratio habenda. Atque hæc hujus acquisitionis defensio sit contra eos, quibus ea genere ipso injusta videtur. Appellat sane Justinianus præscriptionem impium præsidium & improbam temporis allegationem, nov. 9. verum non simpliciter, sed quatenus eo præsidio homines scienter abutebantur contra constitutionem ipsius, & adversus bona ac subsidia Ecclesiarum.

8 Ne domini maturius rebus suis defraudentur] Id est, ne maturius res suas amittant, ne possessionibus suis citius, quam par est, cadant, ut est in d. l. un. C. de usucap. transform. Usus autem est verbo defraudandi propter duritiam legis antiquæ, quam nimis angusto temporis spatio usu-

Oo

(2) L. 18. eod.

capionem terminabat, remque alienam excluso domino addicebat possessori. Caterum quod proprie hoc verbum significat, per fraudem scilicet rem alienam intervertere, id neque lege antiqua possessori permissum fuit.

9 *Constitutionem super hoc promulgavimus*] Ea est *l. un. C. de usucap. transform.* qua lege; cum jam antea sustulisset antiquam distinctionem dominii in bonitarium & Quiritiarium, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.* hoc insuper constituit, ut prædia provincialia eodem jure cum Italicis censerentur, atque æque ut Italica, eodemque effectu usucapi possent. Præterea tempora usucapionum tam in rebus mobilibus, quam in rebus soli in tantum prolongavit, ut nulla justa querimonia supersit, si tam longo tempore continuata possessio possessorem tueatur, eique dominium adjiciat. Summa constitutionis est, ut qui rem a non domino accepit ex justa causa, & bona fide, eamque mobilem per triennium, immobilem per decem annos inter præsentem, vel per viginti inter absentes continentem possedit, is ejus rei dominus pleno jure efficiatur (1).

10 *Decennio inter præsentem, viginti annis inter absentes*] Explicat, quantum tempus intelligat per possessionem longi temporis, nimirum inter præsentem, id est, qui in eadem provincia sunt, *l. ult. C. de præscr. long. temp.* decem annos, inter absentes viginti (2). Atque ita sicut ex veteri usuca-

(1) *L. 9. & l. 18. d. tit. 29. P. 3.*

pione effectum sumit, acquisitionem scilicet veri dominii, ita ex veteri præscriptione sumit spatium temporis, atque id ad usucapionem omnium rerum immobilium transfert; efficitque ex duabus unam acquisitionis speciem, ut jam nulla amplius differentia inter præscriptionem & rerum immobilium usucapionem supersit: præscriptionem, inquam, longi temporis, quæ itidem ut usucapio titulum & bonam requirebat fidem: nam præscriptionis temporis longissimi, scil. 30. vel 40. annorum, alia ratio est, quæ solo temporis lapsu possessorem tueatur.

11 *IN HISPANIA* statutum, quoque est in *l. 12. tit. 29. P. 3.*, sat esse ad usucapionem bonam fidem haberi in initio, quin eam, impediatur mala fides superveniens, antequam ipsa usucapio compleatur, & quidem indistincte. Lapsi enim sunt DD. Jordan de Asso, & de Manuel, dum in *lib. 2. tit. 2. cap. 11. §. 1. suarum inst.* contendunt, distinctionem fieri in *d. l. 12.* & in *l. 14. eod.* ut nempe bona fides in initio sufficiat quando res habetur, ex titulis donationis, vel permutationis, non si ex aliis. Nam, præterquam quod hujusmodi distinctio inepta foret, animadvertere debuerunt, quod dum in *vers. Mas d. l. 12.* bona fides duobus requiritur temporibus in causa emptionis, id exaudiendum est de temporibus contractus, & traditionis, prout ex jure Romanorum procedere per-

(2) *L. 18. junct. l. 19. d. tit. 29. vers. E. suera, cum seq.*

I *Hoc §. & aliquot sequentibus* disputatur de re-

bus, quæ etsi corporales sunt, usucapionem tamen non recipiunt: sed quia multæ, quæ in hoc numero sunt, hæc non commemorantur, ecce tibi in summa omnes exhibebo. Quarundam rerum natura est, ut omnem omnino acquisitionem, qualiscunque ea sit, respuant, & consequenter simul usucapionem: cujusmodi sunt, quæ commercio humano sunt exemptæ, ac proinde in bonis haberi non possunt, ut homo liber, res sacræ, religiosæ, sanctæ, publicæ populi aut civitatum, *l. 4. l. 6. de contr. empt. l. 9. hoc tit. (1)*. Quædam etiam res sunt, quæ cum siat in bonis & acquiri possint, usucapi tamen non possunt, lege earum usucapionem prohibente. In hoc genere sunt res fisci, §. 4. *infr. l. quamvis 18. eod.* res dominicæ, *tit. C. ne rei domin. vel temp. vind. (3)*, civitatum, Ecclesiasticarum, gerontocomiorum & locorum similium, *l. 23. C. de sacrosant. Eccles. nov. 9. III. & 131. cap. 6. (4)*, res furtivæ & vi possessæ, §. *seq. (5)*. Præsertim contra legem Juliam datæ, *l. 48. de acquir. rer. dom. l. pen. de leg. Jul. rep. res pupillorum, d. l. 48. l. 3. C. de præscr. 30. ann. res minorum 25. annis, l. ult. C. in quibus caus. in int. rest. (6)* bona

TEXTUS.

Quæ usucapi possunt, vel non. De his quæ sunt extra commercium: de servo fugitivo.

1. *Sed aliquando, etiamsi maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit: veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel servum fugitivum possideat (1).*

- (1) *L. 6. d. tit. 29.*
 (2) *D. l. 6. cum seq.*
 (3) *D. l. 6. tit. 29. P. 3.*
 (4) *L. 7. eod. l. 10. tit. 19. P. 6. junct. l. 9. eod.*

- Oo 2 ad-
 (5) *L. 4. vers. E por ende, l. 5. vers. Mas si supiesse, d. tit. 29. P. 3.*
 (6) *L. 8. eod. l. 9. tit. 19. Part. 6.*

adventitia filiam. l. 1. §. 2. C. de annal. exc. (1), fundus dotalis, cuius quod alienatio lege Julia prohibita est, l. 4. de fund. dotal. hoc ipso etiam usucapionem prohibitam esse, pro certo statuit Tryphoninus in l. 16. eod. tit. (2). Postremo res testamento alienari prohibita, l. 2. C. pro empt. l. ult. §. 3. C. com. de legat. Jam pergamus.

2. *Liberum hominem*] Sola temporis longinquitate, etiamsi sexaginta annorum curricula excesserit, libertatis jura non mutilari, a Constantino rescriptum est, l. ult. C. de long. temp. præscr. quæ pro lib. Meminit Imp. 60. annorum, non quia longioris temporis lapsu libertati præscribatur; sed quia raro homines diutius vivunt. Et enim nec centum annorum præscriptio hic suffecerit (3), ut bene istio Accurs. quoniam nulli omnino hic locus esse titulo potest.

3. *Servum fugitivum*] Hic servus pertinet ad prohibitionem §. sequent. quippe qui sui ipsius furtum facere intelligatur, l. 60. de furt. l. 1. C. de serv. fug. (4).

TEXTUS.

De rebus furtivis & vi possessis.

2. *Furtiva quoque res, & quæ si possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt* (5): nam furtivarum rerum lex duodecim Tabularum, & lex Atilia inhi-

(1) D. l. 8. tit. 29. P. 3.

(2) D. l. 8.

(3) L. 6. l. 24. d. tit. 29. P. 3.

bent usucapionem: vi possessarum, lex Julia & Plautia. Quod autem dictum est, furtivarum, & vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit (nam his alia ratione usucapio non competit; quia scilicet mala fide possident): sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si heres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit; quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est: quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit: quum utique heres, qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtum non committat. Item si is, ad quem ancilla usufructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit, aut si donaverit, furtum non committit. Furtum enim sine affectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem trans-

(4) L. 23. tit. 14. P. 7.

(5) L. 4. d. tit. 29. P. 3. h. s.

tit. 15. lib. 4. Recop. cum l. 1. eq.

ferat, & efficiat, ut a possessore usucapiatur. Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expedit, jus ita procedit, ut si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur; quamvis ipse mala fide possideat (quia intelligit, se alienum fundum occupasse): tamen si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri: quia neque furtivum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri: & eorum utilitati, qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa, & indubitata possessio debeat auferri.

COMMENTARIUS.

I. *Furtivarum rerum lex XII. Tab. & lex Atilia*] Hanc legem non Atilianam, ut in textu, sed Atiniam appellandam esse, patet ex l. 4. §. 6. & l. 33. hoc tit. l. 215. de verb. sign. & Gellio lib. 17. cap. 7. Illius autem, & XII. Tab. meminit Julianus in d. l. 33. Verba legis Atiniae prodit Gellius d. cap. 7. Quod surreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto. Quorum verborum hic sensus est: ejus rei, quæ surrepta est, dominium a domino nunquam recedat: jus & potestatem habeat semper eam

vindicanadi: nec ullo usu alteri acquiratur.

2. *Vi possessarum, lex Julia & Plautia*] Vi possessa res sit oportet, ut usucapi nequeat: neque sufficit, vi aliquem de prædio dejectum esse, nisi qui deiecit, possessionem occupavit. Quod si ille ingressus non fuerit, sed alius in vacuum possessionem intraverit, poterit id prædium, etiam antequam in domini potestatem redeat, a bonæ fidei possessore usucapi, l. 4. §. 22. l. 33. §. 2. eod.

3. *Unde in rebus mobilibus non facile procedit*] Quia rerum mobilium tantum, non etiam immobilium furtum fieri potest (1), inde colligit, usucapionem in rebus mobilibus difficilius & rarius contingere, hoc argumento, quod res, quæ furto obnoxie sunt, etiam facile in furti vitium cadunt: quisquis enim rem alienam mobilem sciens quacunque ex causa alii tradit, furtum committit: quod etiam scriptum est l. 1. C. pro empt. l. 2. C. pro donato.

4. *Bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit*] Duos profert modos, quibus alienatio rei alienæ mobilis fit absque furto: utrumque ex Cajo l. 36. hoc tit. Unus hic est, si heres rem defuncto commodatam, locatam, aut apud eum depositam, existimans eam hereditariam esse, tanquam suam alienaverit. De herede ipso rem talem retinente nihil dicit, quia ad probandum, quod propositum erat, sine vitio furti aliquando rem alienam transferri

pos-

(1) L. 1. tit. 14. P. 7. vers. Otriosi.

posse, hoc nihil facit. Nos, an heres ipse hujusmodi rem usucapere possit, videbimus postea sub §. 7. *infr. eod.*

5 *Partum suum esse credens*] Casus hujus generis alter: Partus ancillæ in fructu non est, sed ad dominum proprietatis pertinet, §. 37. *supr. de rer. divis.* (1). Sed nec fructuarius usucapere partum potest, sive sciat, partum alienum esse, sive ad se pertinere putet: quia juris hic error est, qui possessori in usucapione non prodest, l. 31. *hoc tit.* Cæterum si partum suum esse credens, forte errori causam præbente, quod foetus pecudum ad fructuarium pertinet, alteri eum vendiderit, poterit a bonæ fidei possessore usucapi, d. l. 36. §. 1. quippe cum hic nihil sit in persona accipientis, quod usucapioni obstat, neque furti vitio res affecta sit: non enim si fructuarius ignorantia juris partum ut suum vendat, idcirco eum furtivum facit: cum furtum non committatur sine animo & affectu furandi, qui in errante nullus est, l. 37. *eod.* §. 7. *inf. de oblig. quæ ex del.* (2).

6 *Aliis quoque modis accidere potest*] Omnibus nempe eis in quibus distrahens rem alienam, suam esse putat. Sequuntur nunc casus in quibus rerum immobilium usucapio procedit.

7 *Vacantis propter absentiam aut negligentiam*] Simplex absentia domini possessionem vacuum non facit: quippe quam constat

(1) L. 23. tit. 31. P. 3. vers. Orosii.

(2) L. 1. tit. 14. P. 7.

solo animo retineri, l. 3. §. 11. l. 6. §. 1. *de adq. poss.* §. 5. *infr. de interd.* (3). Quapropter locus hic intelligendus est de absentia domini diuturna, rem suam penitus negligentis: & Cajus hoc expressit, *longo tempore, d. l. 37. §. 1.* Illi perspicue errant, qui locum vacantem interpretantur a domino derelictum: quippe res pro derelicto habita statim fit occupantis, §. *pen. supr. de rer. divis.* (4), qui vero hic vacuum dicitur, negatur etiam usucapi ab occupante posse, uti & in l. 38. *eod.* Errat & Glossa, quod putat, quæ hic scripta sunt, correctæ esse per l. ult. C. *unde vi*, eoque nomine etiam vulgo reprehenditur. Non enim ideo quia Justinianus interdictum momentaneæ possessionis dedit adversus eum, qui vacantem possessionem occupavit, statim pronuncian- dum est, eum in cæteris quoque omnibus pro invasore & violento possessore habendum esse. Et potest aliquo casu etiam ubi competit interdictum unde vi, locus esse usucapioni, l. 4. §. 22. l. 33. §. 2. *hoc tit.* Adde, quod constitutio ista diutius anno ante *Institutiones* edita fuit, ut ostendit subscriptio: unde eas corrigere non potuit.

8 *Sine successore decesserit*] Ita etiam Cajus d. l. 37. §. 1. *eod.* sine successore autem sic accipiemus, non tantum si quis decesserit sine ullo successore; sed etiam

(3) L. 12. tit. 30. P. 3.

(4) L. 49. tit. 28. P. 3.

etiam si certum successorem reliquerit, legitimum aut testamentarium heredem, quando is rerum hereditariarum possessionem nondum nactus sit. Et jacente quidem adhuc hereditate, nec furtum rei hereditariæ fieri, a Scævola proditum est in l. 1. §. 15. *si is qui testam. lib.* Adita autem hereditate, etsi jura omnia ad heredem transeant, possessio tamen ei non acquiritur, nisi naturaliter apprehensa fuerit, l. 23. *de adq. posses.* (1). Quamobrem si quis vacantis fundi hereditarii possessionem sine vi occupavit, etiam ubi certus heres est, eumque bona fide accipienti tradidit, procedet bonæ fidei possessori usucapio: quia neque furtivum, neque vi possessum accepit. Neque obstat quod constitutum est, ceptam usucapionem a defuncto posse & ante aditam hereditatem impleri, l. 40. *hoc tit.* ut proinde non videatur posse rem interim ab alio possideri, quoniam duocandem rem simul possidere nequeunt, l. 3. §. 5. *de adq. poss.* Hoc enim, ut alibi traditum est, tunc procedit, quando medio tempore possessio ab alio occupata non est, l. 20. *hoc tit. l. 6. §. ult. pro empt.* Deinde de re loquimur, quæ defuncti propria fuit, non quam ille possidebat tantum, & cœperat usucapere.

9 *Fundi locivæ*] Auctores nostri plerumque fundum a loco separant, l. 64. *de evict.* Cajus l. 38. *hoc tit.* & hic Justinianus. Per fundum fere integrum quid signifi-

cant, agrum cum villa, ædificium cum area: per locum autem, certam fundi portionem, l. 26. *de adq. poss.* & plerumque agrum aut aream, qui loci sunt sine ædificio, in urbe area, rure ager, l. 27. l. locus 60. l. fundi 211. *de verbor. signif.* Quanquam hæc non sunt perpetua, & loci significatio sæpe generalior, quam fundi, etiam apud nostros, l. 4. *si serv. vind. l. 1. §. 4. unde vi.* Consulendi Alciat. Goedd. in *tit. de verb. sign.*

10 *Principalibus constitutionibus*] Tum quibus possessores rerum soli longi temporis, id est, 10. vel 20. annorum possessione defenduntur, *tit. C. de præscr. longi temp.* quod tempus nunc ad rerum immobilium usucapionem translatum est: tum quibus 30. annor. præscriptione domini omnimodo excluduntur, l. 3. & 4. *C. de præscr. 30. ann.* (2). Illud hic monendi sumus, Justinian. *novell. 119. cap. 7.* unde sumpta est *auth. Malæ fidei C. de præscr. longi temp.* hæctenus juris ejus, de quo proximè egimus, constitutioni derogasse, ut si a possessore malæ fidei res alienata sit, non aliter ab eo, qui eam etiam bona fide accepit, usucapi aut longa possessione 10. vel 20. annorum acquiri possit, quam si dominus sciverit, rem suam ab alio possessam esse, & toto eo tempore contestatus non sit: alioqui spectari juberet 30. annorum præscriptionem (3). Cæterum hoc procedere tunc tantum volunt, si

(1) L. 1. tit. 14. P. 6.

(2) L. 21. tit. 29. P. 3.

(3) L. 19. *eod.*

eo ipso tempore, quo res alteri traditur, sciat is qui tradit rem alienam esse, & nec initium quoque bonum habuerit. Ad. quæ notat D. Gothofred. ad *dist. aulh.*

II, IN HISPANIA *l. 21. tit. 29. P. 3.* probat doctrinam *ll. 3. & 4. C. de præscr. 30. an.* ut etiam probatur in *l. 19. d. tit. 29. doctrina novell. 119. cap. 7.* ut modo notavimus in margine ad *versic. Principalibus.* Cæterum Gregor. Lop. in *gloss. d. l. 21.* censet malam fidem impedire, apud nos etiam præscriptionem 30. annorum: atque in hoc argumento jura canonica servari, ut dixerat in *l. 12. ejusdem tituli 29.* de qua in *pr. hujus tit.* sumus locuti. Quinimo Vela *disser. 48. num. 45. & seqq.* hanc doctrinam statutam esse in *l. 5. tit. 15. lib. 4. Recop.* contendit, & per eam correctam esse *d. l. 21. tit. 29. P. 3. & Covarr. in regula Possessor, part. 2. §. 8. num. 5.* Castillo *de tertiis cap. 26. num. 13.* & Molina *de primog. lib. 2. cap. 6. n. 66.* cum pluribus aliis quos laudant, censent etiam præscriptionem immemorabilem impediri mala fide; mala scilicet quam malam esse constat: nam quæ talis est duntaxat præsumptione, tollitur præscriptione 30. annorum, Covarr. *d. §. 8. num. 4. & seq.*

TEXTUS.

De vitio purgato.

3. Aliquando etiam furtiva, vel vi possessa res usucapi pot-

est; veluti si in domini potestatem reversa fuerit: tunc enim vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.

COMMENTARIUS.

I. **R**erum furtivarum, vi possessorum, contra legem Juliam datarum, vitium purgatur, si in potestatem domini aut prioris possessoris redierint: ex quo fit, ut jam iterum usucapi posse incipiant, *l. 4. §. 6. l. 24. §. 1. hoc tit. l. penult. de lege Jul. rep.* Verbum potestatis in proposito possessionem significat, & potestatem habendi retinendique, *d. l. 4. §. 12.* Res vi possessa redire debet in potestatem ejus, qui dejectus est, ut maxime dominus non sit: neque enim aliter vitium violentiæ purgatur, quam si dejectus ipse restituatur in possessionem, *fac. l. 6. §. 3. de præcar.* Res contra legem repetundarum data, necesse est, ut revertatur in potestatem ejus, a quo profecta est, heredisve ejus, *d. l. pen. de leg. Jul. rep.* Rei autem furtivæ vitium ut purgetur, in ipsius domini potestatem eam reverti oportet, *d. l. 4. §. 6.* quippe furtum in re furtiva solum dominum lædit: cui proinde soli etiam de re furtiva condictio competit, *§. ult. infr. de obl. que ex del.* Plane nihil interest, utrum in potestatem domini aut possessoris res pervenerit, an quocumque modo his satisfactum sit, *l. 4. §. 13.*

2. De re pignori data & surrepta creditori dubitari potest, in domini debitoris, an creditoris pot-

potestatem redire debeat, ut vitium purgetur & usucapi possit: de quo vide, si placet, Cujac. in *d. l. 4. §. si rem 21.* nam Paulus respondit, in domini potestatem eam redire debere, *d. l. 4. §. 6.* Labeonis quoque eadem sententia est in *l. ult. eod.* Idem tamen Paulus *d. l. ult.* notas ad Labeonem scribens contra affirmat, rem pignori datam & surreptam usucapi posse, si in potestatem creditoris redierit. Sed hæc non magno negotio conciliari possunt: Refert enim, utrum debitor ipse, an alius rem creditori surripuerit. Posteriore casu semper necesse est, ut vitium purgetur, in potestatem debitoris rem reverti, *d. l. 4. §. 6.* atque hoc etiam Labeo sensit. Priore autem casu purgatur reversa in potestatem creditoris, neque hoc Labeo negaret, fuitque semper extra omnem controversiam, atque a Paulo tantum indicatur, ut ostendat, posse aliquando pignus, quod in potestatem creditoris rediit, usucapi: quod Labeo non expresserat. Fuit autem, ut dixi, illud explorati juris: siquidem ratio aliqua esse debet purgandi vitii per reversionem rei in potestatem alterius, quam furis.

TEXTUS.

De re fiscali & bonis vacantibus.

4. Res fisci nostri usucapi non potest (1). Sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco non-

Tom. I.

(1) *L. 6. tit. 29. P. 3. vers. E ann.*

dum nunciatis, bona fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse, & ita Divus Pius, & Divi Severus & Antoninus rescripserunt.

COMMENTARIUS.

I. **I**nter res, quæ juris con- stitutione usucapioni obnoxia non sunt, quarum summam complexus sum sub *§. 1. supr.* primum locum obtinent res fisci, *l. 2. hoc tit. l. 2. C. comm. de usucap.* Hoc autem privilegium rebus fiscalibus merito datum est, ne negligentia procuratoris fisci Principi noceat, qui aliis curis implicatur, & tot ac tanta negotia sustinet, ut de suis aut fisci rebus ipsi inquirendi otium non sit. Rerum patrimonialium eadem ratio est, quæ ob id etiam cum fiscalibus comparantur, *§. ult. eod.* Nullane igitur temporis defensio possessorem adversus fiscum teneatur? De fundis patrimonialibus & rei privatæ rescriptum est, possessores eorum 40. annorum præscriptione defendi, *l. ult. C. de fund. patrim. l. ult. C. de fund. rei priv.* Tantum hoc cavetur, ut ne adversus fiscum ea præscriptione hoc assequantur, ut in futurum a canone possessio sit immunitis, *d. l. ult. de fund. patrim.* Cæterum Justinianus in *l. 24. C. de sacros. Eccles.* civitatibus hoc privilegium dedit, ut adversus eas nulla procedat temporis præscriptio, præterquam 100. annorum: quo jure vel magis fiscum uti oportet. Idem jus eodem loco con-

Pp

ce-

cedit etiam Ecclesiis: & confirmat. *nov. 9.* verum abrogat iterum *novell. III.* & *novell. 131. cap. 6.* substituta pro 100. annorum, 40. præscriptione: quibus posterioribus constitutionibus sublatur quoque intelligi debet jus civitatibus datum in *l. 24. C. de sacros. Eccles.* atque ita postremo in his rebus reditur ad præscriptionem 40. annorum (1). In causis fisci criminalibus, uti persecutio criminum regulariter exceptio 20. annorum excluditur, *l. 12. C. ad leg. Cornel. de fals.* etiam persecutio bonorum damnati aut adnotati, quam fiscus habet, eoque refero *l. 13. de divers. temp. præscript.* quamvis D. Cujac. eam accipiat de causis fisci civilibus, quas omnes scribit 20. annis extinguí, excepta causa commissi & bonorum vacantium, *l. 2. C. de vect. & comm. l. 1. §. 2. de jur. fisc.*

2 *Bona vacantibus*] Bona vacantia dicuntur: *Bona eorum, qui sine herede decesserunt.* Hæc ex lege Julia caducaria ad fiscum pertinent, *l. 96. §. 1. de legat. 1. l. 1. C. de bon. vac. (2).* Jus occupandi bona vacantia inter regalia numeratur, *lib. 2. Feud. tit. quæ sint regal.* Erant autem certi delatores, qui hujusmodi bona aliamve rem ad fiscum pertinentem præmii alicujus gratia nunciabant, *tit. de jur. fisc.* passim, similes fere antiquis quadruplatoribus, de qua voce vide Festum. Bonorum vacantium numero habenda etiam bo-

(1) *L. 7. d. tit. 29. vers. Mas* las otras, *l. 26. eod.* quæ centum annos requirit, dum agitur de rebus Eccl. Roman. & tribus

na caduca nondum nunciata, ita dicta, quod in fiscum certis de causis cadunt. Verum caduca pene a Justiniano sublata sunt, *l. un. C. de cad. toll.*

3 *Usucapere posse*] Opus tamen ad introducendam usucapionem rerum vacantium fuisse rescriptis, indicat *hic locus & d. l. 18. eod.* quippe bona vacantia ad fiscum pertinent ipso jure, etsi in patrimonio fisci non videantur computari, antequam nunciata sunt, & fiscus ad ea animum adiecit. Hæc autem bonorum vacantium usucapio in rebus duntaxat mobilibus utilis erit possidenti; nam ad immobilia quod attinet, tutius ac commodius ipsi erit præscriptione quadriennii uti, juxta *l. 1. C. de quadriennii præscript.* quia præterquam quod breviori tempore impletur præscriptio, ei mala fides non obest: quippe cum hoc tempus præstitutum sit actioni fisci, uti & quinquennium vindicandæ rei, quæ in commissum cecidisset, finito tempore actio fisci evanescit.

4 , IN HISPANIA suprema jurisdictio sive civilis, sive criminalis Regi competens nullo unquam tempore, etsi immemoriali, præscribitur, *l. 1. tit. 15. lib. 4. Recop.* uti nec gabella, *l. 2. eod.* Cæterum inferior jurisdictio qua civilis, qua criminalis cum juribus eidem annexis præscribitur tempore immemoriali: sicut civitates & pagi, hoc contenta est, si agatur de rebus mobilibus.

(2) *L. 6. tit. 13. P. 6. in fin. l. 12. tit. 8. lib. 5. Recop.*

, Hoc autem tempus immemoriale, probandum erit secundum formam statutam in *l. 1. tit. 7. lib. 5. Recop.* quam tradimus in *Append. de Major. regula 11.* Vide tamen Covarr. de his late tractantem in *cap. Possessor, part. 2. §§. 2. & 3.*

TEXTUS.

Regula generalis.

5. *Novissime sciendum est, rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium, ut a bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet (1).*

Nihil est in hoc §. quod explanationem desideret.

TEXTUS.

De errore falsæ causæ.

6. *Error autem falsæ causæ usucapionem non parit: veluti si quis, quum non emerit, emissee existimans, possideat: vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donato possideat (2).*

COMMENTARIUS.

I **J**AM ante dictum est, nulla justa causa possessionis præcedente, usucapionem aut longi temporis præscriptionem non procedere, *l. 24. C. de rei vindic.* Hæ causæ in usu juris etiam tituli appellantur, *d. l. 24. l. 4. C.*

(1) *L. 4. cum seq. tit. 29. P. 3. l. 5. tit. 15. lib. 5. Recop.*

de præscr. longi temp. Justæ autem causæ possessionis sunt eadem, quæ & dominii acquirendi, *l. 3. §. 21. de adquir. poss.* ubi pleræque hujus generis commemorantur (3). Error autem falsæ causæ, id est, opinio justi tituli usucapionem non parit, sed oportet titulum revera intervenisse; hoc est, non is, qui putat se emissee, sibi donatum aut legatum esse, cum non sit, pro emptore, pro donato aut legato usucapere potest; sed is solus, qui vere emit, cui res vere donata aut legata est, *l. 27. hoc tit. & alibi*, quippe falsa nostra existimatio rei veritatem non mutat, *l. 6. ad munic.*

2 Quidam tamen veterum censebant, in falsa opinione tituli admittendam esse usucapionem pro suo: sed errare eos Celsus ostendit *d. l. 27.* Utitur autem hac ratione, quod ubi nihil emptum, nihil donatum aut legatum est, usucapio pro emptore, pro donato aut legato non valeat. Quæ ratio prima fronte inepta videri potest: nam illi, quos errare ait, non hoc dicunt, bonæ fidei possessorem, qui modo emptum, donatum aut legatum sibi existimet, etiamsi nihil horum sit, pro emptore, prove donato aut legato usucapere posse, sed pro suo: quod ratio Celsi non videtur removere, quoniam & titulus pro suo justus titulus est. Explicanda igitur est Celsi ratio, ut appareat, ex ea etiam effici, ut in proposito nec locus sit usucapioni pro suo. Titulus pro suo duplex est:

Pp 2

unus
(2) *L. 14. d. tit. 29. P. 3.*
(3) *L. 9. l. 18. eod.*

unus specialis, de quo hic non agitur, utpote qui ex sola conditione rei possessæ nascitur, & locum habet in his, quæ sola occupatione nostra fiunt, ex quo titulo certa usucapio, l. 2. pro suo; alter generalis, cohærens cum aliis omnibus causis: ut ecce, qui bona fide pro emptore, pro donato, pro legato possidet, is simul ex his causis etiam possidet pro suo: sed hic titulus generalis pro suo, pro justo titulo possessionis non habetur, nisi concurrat alius specialis, cui ille adhæreat, l. 1. pro suo. Jam puto, intelligitur, quam vim ratio Celsi habeat; nimirum remoto alio titulo speciali, quem in proposito nullum esse in confesso est, admitti non posse generalem illum pro suo. Cæterum hoc totum sic acceptum est, ut justus & probabilis error possessoris usucapioni non obstet; veluti, si servus aut procurator rem aliquam se emisse falso domino persuaserint, quam emendam illis mandaverat; in hoc errore possessor pro emptore usucapiet: quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est, l. 11. pro empt. l. ult. §. 1. pro suo (1). Potest & in nostro ipsorum facto talis error intervenire, ut usucapio non impediatur, l. 2. §. 15. & §. seq. pro empt.

TEXTUS.

De accessione possessionis.

7. Divina possessio, quæ

(1) D. l. 14. tit. 29. P. 3.

(2) L. 9. l. 18. eod.

prodesse cœperat defuncto, & heredi & bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat, prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit, heredi & bonorum possessori licet ignorantibus non prodest. Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuantur.

COMMENTARIUS.

I. IN primis eum, quem usucapere volumus, possidere oportet. Sine possessione, ait Jurisconsultus, usucapio contingere non potest, l. 25. hoc tit. (2). Possidere in hoc argumento is solus intelligitur: Qui animo dominantis rem tenet. Quamobrem hinc removentur primum, qui alieno nomine in possessione sunt, ut fructuarius, creditor, colonus, is cui res commodata aut apud quem deposita est (3). Possidere autem oportet totum illud tempus, quod lege definitum est, rem mobilem triennium, immobilem decem aut viginti annos, & possidere continenter sine possessionis interruptione. Hinc recte usucapio a Modestino definitur: Adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti, l. 3. hoc tit. In computatione temporis hoc observatur, ut non a momento ad momentum computetur, sed dies postremus coeptus pro impleto habeatur, l. 6. eod.

2. Interrumpitur possessio duobus modis: uno naturaliter, vel

(3) L. 4. tit. 15. lib. 4. Resp.

uti cum quis vi de possessione ejicitur, aut res nobis eripitur, l. 5. eod. l. 15. de adq. poss. (1), altero civiliter per litis contestationem (2): hoc modo civiliter interrupti possessionem dicimus, quia post litis contestationem vere & naturaliter possidere non desinimus, & implemus usucapionem, l. 2. pro donat. l. 2. §. ult. pro empt. sed impleta inter moras judicii usucapio effectu juris, victo possessori non prodest, sed rem restituere cogitur, perinde quasi non usucepisset, l. 18. de rei vind. Interruptio usucapionis, usurpatio appellatur in jure, l. 2. hoc tit. qui idcirco inscribitur in D. de usurpationibus & usucapionibus.

3. Naturalis interruptionis hanc vim fuisse constat, ut etsi quis amissam semel possessionem deinde recuperasset, ei prioris possessionis tempora ad usucapionem aut præscriptionem non prodesent; sed a recuperata possessione tempus denuo inchoaretur (3): & proinde etiam, quod ad bonam fidem possidentis attinet, initium possessionis recuperatæ spectatum fuisse, l. 15. §. 2. hoc tit. Neque ex hoc jure quicquam mutatum. Litis autem contestatione usucapio non interpellabatur, sed ut dixi, condemnato possessore erat inefficax; lite omnia erat efficax. At longi temporis præscriptio, etiam plene interrompebatur lite, l. 2. l. 3. l. 10. C. de præscript. long. temp. Sed hæc diffe-

rentia penitus sublata est, hodieque etiam usucapio, quæ idem est cum longi temporis præscriptione, interruptur plenissime litis contestatione, per l. pen. & ult. C. de anal. except. (4).

4. Continuationem possessionis dum exigimus, non hoc præcise exigimus, ut una eademque persona per totum legitimum tempus continenter possideat; sed receptum est, ut ad usucapionem & longi temporis præscriptionem implendam alienæ possessionis accessione uti liceat (5). Atque hoc tributum est, licet dissimiliter, de quo statim, tam successori rerum singularum, puta emptori, donatario, quam successori universi juris, ut heredi aut bonorum possessori, hoc text. & §. seq.

5. Licet ipse sciat prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit } Hæc non ad quemvis successorem, sed successorem universi juris, heredem aut bonorum possessorem tantum pertinent. Duo autem hæc traduntur: unum est, justam possessionem defuncti prodesse heredi, & procedere etiamsi heres sciat rem alienam esse, l. 43. hoc tit. alterum, injustam possessionem defuncti heredi non procedere, licet ignoret rem alienam esse, fac. l. 11. de div. temp. præcr. l. 11. C. de adq. poss. Utrumque eandem rationem habet, quia scilicet heres personam & conditionem defuncti suscipit, ita

(1) L. 29. tit. 29. P. 3.

(2) D. l. 29. vers. Otrosi.

(3) D. l. 29. in præ.

(4) D. l. 29. vers. Otrosi.

(5) L. 16. d. tit. 29. P. 3.

ut una persona cum defuncto censetur. Hoc enim posito, qualitas possessionis ex persona defuncti tantum æstimanda, ut illa vel prosit heredi, vel noceat: prosit, si defunctus bonum initium habuerit, etsi heres non habeat; noceat, si defunctus bonum initium non habuerit, etiamsi heres habeat; & periude per omnia habeatur ac si defunctus adhuc ipse possideret. Succedit itaque heres non tantum in virtutes defuncti, sed etiam in vitia, nec ignorantia sua ea excludit, ut ait Papinianus *d. l. 11. de div. temp. præscr.* & *Imp. d. l. 11. C. de adq. poss. Vitia possessionum, inveniunt, a majoribus contracta perdurant, & successorem auctoris sui culpa comitatur.* Ex quo hoc amplius etiam intelligimus, errare eos, qui heredem nolentem uti accessione possessionis defuncti, a semetipso inchoare possessionem, atque usucapionem præscriptionemve statuto tempore implere posse, arbitrantur: quod jus tantum singularis est successoris, ut postea demonstrabitur.

6. Nihil vero eorum opinionem iuvat *l. penult. pro hered.* Neque enim negamus, posse aliquando heredem usucapere, quod defunctus non potuit: sed dicimus non posse, quod defunctus vitiose possedit: poterit vero rem usucapere inter hereditarias forte reperiuntur, quam tamen defunctus non possidebat. Ut ecce, potest heres ex sententia plerorumque veterum usucapere rem, quam putat hereditariam esse, cum non sit, sed defuncto commodata, aut pi-

generata, aut apud eum deposita: quomodo explicanda est *d. l. penult.* nimirum quia nihil ex persona defuncti hic obstat heredi, quominus ipse eam rem pro herede usucapere possit: quanquam sunt, qui nec hoc ipso casu usucapionem pro herede admittunt, per *ll. 2. & ult. C. pro hered. l. 4. C. de præscr. longi temp.* Sed hoc si sequimur delendi erunt *tit. de usucap. pro herede*, possuntque *dd. ll. 2. & ult.* commode accipi de iis, qui falso existimant se heredes esse.

7. *Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus*] Existimo, Justinianum, nisi forte quid falso sibi attribuerit, his verbis: *Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus &c.* nihil aliud significare, quam se in usucapione a se reformata nihil innovasse, quod attinet ad continuationem temporum inter defunctum & heredem: sed eam observari voluisse etiam in sua usucapione, & rerum quoque mobilium, uti ea antea observabatur, *l. 14. hoc tit. l. 13. §. 1. & seqq. de adq. poss.* Non meminit quidem nominatim defuncti & heredis, sed tamen generaliter antecessoris & successoris cujusvis; quod satis est ad retinendum hunc versum in suo loco: ita propemodum & Car. Hannib. Fabrot. in *not. ad Theoph.*

8. IN HISPANIA non aliter, possessio defuncti prodest heredi ad usucapionem, quam si hic bonam fidem habuerit, de successore singulari statutum, esse jure Romanorum videbimus, mox in §. proximo. Nulla igitur

, differentia apud nos est inter successorem universalem & singularem, *l. 16. d. tit. 29. P. 3.* & recole quæ diximus *supr. in pr. hoc tit.*

TEXTUS.

8. *Inter venditorem quoque & emptorem conjungi tempora, Divi Severus & Antoninus rescripserunt (1).*

COMMENTARIUS.

I DE conjunctione temporum inter priorem possessorem & universi juris successorem dictum §. præced. Agitur hic de eadem conjunctione inter venditorem & emptorem, quod tamen jus ad cæteros quoque pertinet, qui alio titulo singulari, etiam lucrativo rem acceperunt, puta ex causa donationis aut legati, *l. 13. §. 10. & seqq. de adq. poss.* Scriptum hic simpliciter est, inter venditorem quoque & emptorem tempora conjungi: an igitur eodem modo, quo inter defunctum & heredem? Nequaquam: sed ita, si uterque bona fide rem acceperit, *d. l. 13. §. ult.*

2 Quod si successor accessione auctoris uti nolit, sed suæ tantum possessionis tempora computare, ei licebit, poteritque usucapere quod auctor usucapere non potuit, *l. 5. de div. temp. præscr. l. 4. C. de rei vind.* quod tamen ex parte emendatum & temperatum est distinctione, quæ extat in *auth. Malæ fidei C. de præscr. long. tempor.* de qua supra locuti

(1) *L. 16. tit. 29. P. 3.*

sumus §. 2. *in fin.* In hoc autem dissimilis item causa heredis est, cui vitiosa defuncti possessio nocet, etiamsi adminiculo ex persona defuncti uti nolit; quippe qui tam in vitia, quam in virtutes defuncti succedit, & eadem cum defuncto persona esse existimatur, *l. 11. de div. temp. præscript.* vide §. præced.

TEXTUS.

De his qui a fisco, aut Imp. Augustæve domo aliquid acceperunt.

9. *Edito Divi Marci caveatur, eum, qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene prospexit iis, qui a fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipsi quidem securi statim fiant, & victores existant, sive experiantur, sive conveniantur: adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio, vel hypothecæ earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverint, sibi quasdam competere actiones (2).* Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui a nostra, vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis continentur.

(2) *L. 53. tit. 5. P. 5.*

COMMENTARIUS.

I *Si post venditionem quin-
quennium*] Mentio fit
hujus edicti D. Marci *l. ult. C. si
adv. fisc.* In hac autem præscri-
ptione quinquennii nullam factam
fuisse distinctionem inter bona aut
mala fide quid a fisco accipien-
tem, apparet ex eo, quod alio-
qui melior conditio fuisset ejus,
qui a privato emisset, quam qui
a fisco: siquidem is, qui a pri-
vato bona fide rem emerat, ad
summum biennio eam usucapie-
bat.

2 *Constitutio Zenonis*] Ea est
l. 2. C. de quadrienn. præscript.
Olim quinquennii præscriptione tu-
ti erant, qui quid alienum eme-
rant a fisco. Hodie statim tuti
sunt ex constitutione Zenonis, si-
ve conveniantur, sive ipsi amis-
sa forte rei possessione ultro a-
gant. Fisco autem alienanti rem
alienam, vel alii pignori obliga-
tam, datur præscriptio quadrienn-
nii, si post quadriennium eo no-
mine conveniatur a domino aut
creditorum pignoratitio, *d. l. 2.*
Quod ideo sic constitutum esse
videtur, ut tanto facilius empto-
rem fiscus reperiat; tum etiam
ne rescindatur venditio facta pu-
blica auctoritate: alioqui sane du-
rum atque iniquum est domino
aut creditori jus vindicandi aut
persequendi rem suam, aut sibi
nexam statim auferre, iisque ob-
jicere tam potentem adversarium.

3 *Sacratissimum ærarium*]
Hic discrete fiscus appellatur æra-
rium Principis, uti & in *l. 2. & 3.*

C. de quadr. præsc. Cæterum con-
stat, olim ærarium dictum fuisse
pecuniam publicam sive imperii:
fiscum autem pecuniam Imp. pro-
priam ac privatam, cujusmodi
erant bona damnatorum, caduca,
vacantia aliæque quæ Principi de-
ferebantur, Plinius in *Panegy.*
Trajano dicto: *At fortasse non
eadem severitate fiscum, quæ
ærarium cohibes? Imo tanto ma-
jore, quanto plus tibi licere de
tuo, quam de publico credis.* Et
paulo post: *Quæ præcipua tua
gloria est, sæpius vincitur fiscus:
cujus mala causa est nunquam,
nisi sub bono Principe.* Ulpianus
in *l. 2. §. 4. ne quis in loc. publ.*
*Res, inquit, fiscales quasi propriæ
& private Principis sunt.* Hinc
ratio fisci idem quod ratio Prin-
cipis & ratio privata, *l. pen. C.
de edend. l. 2. C. de priv. fisc.*
Procedente tempore, distinctio il-
la ærarii & fisci evanuit, ac utra-
que voce promiscue uti sunt,
unaque tantum sub Græcis Prin-
cipibus distinctio usurpata, fisci
& bonorum Principis patrimonialium:
quod *hic locus* aperte osten-
dit, &, unde desumptus est, *l. ult.
C. de quadr. præscr.*

4 *Nostra autem divina con-
stitutio*] Intelligit *l. ult. C. de
quadr. præscr.* qua constitutione,
quod Zeno de fisco statuerat, pro-
ducit ad substantiam Principis
privatam, ut scilicet etiam re-
rum patrimonialium emptor sta-
tim securus sit; & dominus qua-
driennii præscriptione excludatur.
Affertque hanc constitutionis suæ
rationem, quod cum omnia Prin-
cipis esse intelligantur, sive res
sint

sint fiscales, sive private Cæsa-
ris: nulla quod attinet ad harum
ferum alienationem, differentia
introducenda sit. Eadem consti-
tutione etiam serenissimæ Augu-

stæ idem privilegium conceditur.
Hoc jus atque hæc præscriptio
fiscalis veteribus incognita fuit, ut
liquet ex *l. 13. §. 9. de hered.
petitione.*

TITULUS SEPTIMUS.

DE DONATIONIBUS.

*Dig. Lib. 39. Tit. 5. 6. Cod. Lib. 8. Tit. 54. & 57.
novell. 162. (1).*

I *U*sucapionem, de qua
proxime egimus, es-
se modum acquirendi jure civili,
extra controversiam est: utrum
autem donatio quoque eo perti-
neat, ambigitur. Et quidem ab-
solutam inter vivos donationem,
quæ traditione perficitur, & po-
tissima donationis species est, ne-
mo, opinor, tam est excors, qui
juri civili adscribendam putet.
Quid enim habet illa a jure ci-
vili, quod ad formam ejus aut
perfectionem pertineat? Quid tam
naturale est, quam hominem ho-
mini bene facere? Ad liberalita-
tem natura propensissimus, tes-
tibus Cicer. in *Lal.* & Sen. in
lib. de benef. Antiquitas nihil aliud
existimavit esse Deum, quam pro-
desse mortalibus. Adhæc, nihil
magis rationi naturali convenit,
quam voluntatem domini rem
suam in alium transferentis ratam
haberi; ex causa liberalitatis id
fiat, a qua ex alia, nihil refert,

auctore ipso Justiniano §. 46. *sup.
de rer. div.* ubi nominatim etiam
donationem refert inter causas ac-
quisitionis juris gentium. An vel
apud Sinas aut Japones credimus
nullum esse exercitium liberalita-
tis, nullum donationis usum? At,
inquit, lex Cincia supra modum
donare prohibuit: & nunc dona-
tio excedens summam 500. solidi-
dorum insinuanda est. Quid tum
postea? Lex Fusia Cincia vetitè
ultra præscriptum numerum non
nummittere, an ideo manumissio
ex jure civili est? Quamvis
rerum vetita est distractio, quæ
idcirco emptio venditio contra-
ctus juris gentium non est, hæc
juris civilis? Plane cum necessi-
tas insinuandi donationem, quæ
excedit supra dictam summam,
a jure civili sit, concedo, tantæ
quantitatis donationem, utpotè quæ
jam sola voluntate & traditione
donantis non perficitur, posse
referri inter modos acquirendi ju-
re

Tom. I.
(1) *Tit. 4. P. 5. & tit. 10. lib. 5. Recop.*

re civili, arg. l. 6. de just. & jur. ut tamen non meri juris civilis habeatur, sed mixti, & maximam adhuc partem naturalis: alie autem omnes, quæ quantitatem legitimam non excedunt, juris mere naturalis sive gentium manent.

Quomodo ergo defendimus methodum Justiniani? Nimirum si dicamus, Justiniano principaliter propositum esse tractare de donationibus impropriis, mortis causa & propter nuptias: quæ ad jus civile non inepte referuntur, ut postea palam fiet. Hoc autem ipsa series tractationis ostendit, cujus initium a mortis causa donatione capitur; cum aliquo converso modo de donatione vera & absoluta primo loco agendum fuisset, ut factum est in *Princ. & C.*

2. Occurrit hic & aliud dubium, sitne scilicet donatio modus acquirendi domini, an solummodo titulus sive causa, ut emptio, dos, permutatio. Nam ratio ordinis exigit, ut dicamus esse acquirendi modum: contra vero causam tantum acquirendi esse, probatur §. 140. de rer. div. Verum hoc non adeo difficile expeditur.

Item donationis verbum de quibus modis accipitur. Uno modo proprie pro ipsa donatione, quando scilicet liberalitatis exercenda gratia aliquid alicui tradimus, & actum in accipientem transferimus, ut simul & causam tradendi & traditionem ipsam includat. Nam proprie donate nemo intelligitur, nisi qui tradat: unde donate & dare promiscue Juris-

consultus usurpat in l. 1. hoc tit. & donatio dicta quasi doni datio, l. 35. §. 1. de mort. caus. don. unde & Papinianus l. 23. de donat. inter vir. & uxor. donationem distinguit a stipulatione donationis causa facta. Altero modo metonymice pro conventionione de dando, cum quis donationis causa aliquid promittit, l. 2. l. 12. l. 22. eod. Priore sensu accepta donatio modus est acquirendi domini: posteriore non dominium, sed obligationem parit, rationemque causæ seu tituli habet, d. l. 22. Plerique magno molimine magnas hic nugæ agunt.

TEXTUS.

De donatione.

Est & aliud genus acquisitionis, donatio (1). Donationum autem duo sunt genera: mortis causa (2), & non mortis causa (3).

COMMENTARIUS.

Rectior fortassis erit divisio, si dicamus, donationem aliam esse propriam, aliam impropriam, l. 1. hoc tit. est enim donatio ex eorum generum numero, quæ non pariter subjectis speciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ & vera atque absoluta, l. 35. §. 2. de mort. caus. don. est: Cuiusmodi solius liberalitatis gratia si aliquid datur, statim velis accipientis fieri, ut que vellet ad se reverti.

l. 1. & d. l. 35. §. 2. (1). Improprie donationis varie sunt species. Talis est donatio propter nuptias, de qua §. 3. infr. eod. Tales sunt donationes omnes, quæ sub modo, causa, conditione fiunt, tit. §. de donat. quæ sub modo, & in speciem incidunt contractuum innominatorum, do ut des, do ut facias: item remuneratio: in quibus omnibus pro modo & quantitate retributionis, propius aut longius a vera donatione receditur: Sic item quod honorarii nomine datur pro officio & opera præstita, & in factis, quæ locari solent, merces diceretur, in speciem mere donationis non cadit: quia donari non videtur, nisi quod nullo jure cogente conceditur, l. 29. hoc tit. Et hoc est, quod DD. tradunt, donationem remuneratorem proprie donationem non esse, per l. 19. §. 1. l. 27. eod. Talis denique est donatio mortis causa, propterea quod ex casu resolvitur, atque adeo ex poenitudine revocari potest.

TEXTUS.

De mortis causa donatione.

1. Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem: quum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accipit; sin autem supervivisset is qui donavit, reciperet: vel si eum donationis penituisset: aut prior decesserit is, cui donatum sit (2). Hæ mortis causa donationes ad exem-

plum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, & utriusque causæ quædam habebat insignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant; a nobis constitutum est; ut per omnia fere legatis committeretur, & sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa, mortis causa donatio est, quum magis se quis velit habere, quam eum; cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Pæro.

COMMENTARIUS.

Quæ propter mortis fit suspicionem] Cum quid metu mortis vel ex præsentis, vel ex futuro periculo donatur; puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, si iturus in militiam, si grassetur pestilentia &c. l. 2. & aliquot seqq. l. 35. §. 4. hoc tit. de mort. caus. don. Cæterum, an propter mortis suspicionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est. Nec enim sufficit ad hanc donationem, a moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaraverit, se ob merum propinquæ mortis donasse: alioquin non tam mortis causa, quam moriens donasse censetur, l. 42. in fin. eod. Insuper etiam extra suspicionem ullius periculi, & a sano atque in bona

Qq 2

va-

(1) Princ. & l. 1. tit. 4. P. 5.

(2) L. 11. eod.

(3) D. l. 1. & passim eod. l. 7. tit. 10. lib. 5. Recop.

(1) D. pr. & d. l. 1.

(2) D. l. 11. tit. 4. P. 5.

valetudine constituto mortis causa recte donatur, sola cogitatione mortalitatis ex sorte humana, *d. l. 2.* Sed itidem verbis hoc declarandum, ne alias pura & simplex habeatur donatio. Si Titio centum donavero præstanda post mortem, donatio inter vivos est: nam tempus adjectum differendæ solutionis causa ad substantiam donationis non pertinet. Unde *legi Falcidiæ* in ea donatione locus non erit. Add. *Fachin. §. contr. 22.* Non solum autem suæ mortis causa donare quis potest, sed etiam alterius, puta filii, fratris, sororis, *l. 18. hoc tit. de mort. caus. don.*

2 *Quum quis ita donat*] Duplíciter autem quis sic donat, vel ut statim rem faciat accipientis, vel ut tunc demum, cum mors fuerit insecuta, *d. l. 2. eod.* Posteriore casu ad revocandam donationem competit donatori directa in rem actio, sive poenitentia ductus donationem infringere velit, sive periculum, quod metuebatur, evaserit, *l. 29. eod.* Priore conditionem habet, *l. 35. §. 3. eod.* habet & utilem in rem adversus quosvis possessores, *l. 30. eod.* sublatoque periculo, aut præmortuæ eo cui donatum est, fortassis etiam in rem directam, quasi donatione ipso jure resoluta, *d. l. 29. add. Gomez 2. resol. 4.*

3 *Si quid humanitus.*] Si quid humanum, *l. 26. pr. de pos.* Veteres ominis causa sic loquebantur: *Si quid mihi acciderit, pro si mori,* *l. 162. §. 1. de verb. sign.* Abstinebant a mortis vocabulo tanquam ominoso.

(1) *D. l. II. tit. 4. P. 5.*

4 *Si autem supervixerit &c.*] Tribus casibus mortis causa donatio fit irrita: si donator salvus evaserit; quod hæc dicitur *super-vixerit*: si donationis eum poenituerit: si donatario supervixerit, *l. 16. d. l. 29. & seq. eod.* (1). & salvus evaserit, sic accipe, licet donatarius adhuc vivat. Si supervixerit donatario sic, etsi periculum adhuc duret, cujus contemplatione donatio facta. Plane si quis sanus & valens extra suspicionem alicujus periculi sola cogitatione mortalitatis commotus donaverit; non puto irritam fieri donationem, si forte donator morbum aliudve periculum, in quod postea incidit, evaserit: nam nihilominus causa donandi manet.

5 *Ad exemplum legatorum redacta sunt per omnia*] Fere scilicet: quam particulam mox etiam ipse exprimit, cum constitutionis meminit, qua hæc exæquatio facta est. Intelligit autem *l. ult. C. hoc tit. de mort. caus. don.* quæ quidem hanc donationem ad similitudinem legatorum revocat: cæterum non simpliciter & per omnia, sed maxime ratione effectorum. In aliis vero magna adhuc dissimilitudo est: de quo habebimus, quod certo statuamus, si res hæc in ductione utriusque generis exemplorum declaratur. Similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis in his cernitur. Primo: quod quemadmodum in omni ultima voluntate, quæ testamentum non sit, quinque testes desiderantur, *l. ult.*

l. ult. §. ult. C. de codicill. ita & in mortis causa donatione, idque ad solemnitatem actus, *l. ult. C. hoc tit.* Secundo: quod, sicut legata a vivo testatore revocari possunt, nec quicquam suprema voluntate relictum valet, nisi post mortem relinquens, ita & hanc donationem pro arbitrio revocare liceat (1), nec prius rata aut perfecta habeatur, quam mors donatoris insecuta sit, *l. 29. & l. seq. hoc tit.* Tertio: quod sicut dominium rei legatæ statim a morte testatoris transit in legatariam, ita rei mortis causa donatæ, nec ante traditæ, statim a morte donatoris in donatarium, *l. 2. de pub. in rem act.* Hæc sufficient, ut donatio mortis causa numeretur inter acquisitiones civiles. Illud autem falsum est, quod Glossa, Bart. Castr. in *l. qui mortis 30. hoc tit.* tradunt, & sequitur Gomez 2. *resol. 4. n. 20.* dominium rei mortis causa donatæ statim ut donatio facta est, transire, etiamsi traditio nulla secuta sit. Nam sive cum contractibus hanc donationem conferre placet, explorati juris est, ex nullo contractu citra traditionem dominium transferri; sive cum legatis, constat, dominium rei legatæ demum post mortem testatoris in legatarium transire. Quarto: quod sicut legatario substitui potest, ita & nostro donatario, *l. 10. eod.* Quinto: quod hæc donatio perinde ut legata, lege Falcidia imminuatur, *l. 42. §. 1. hoc tit. l. 2. C. eod.* (2). Sexto: quod in ea locum habet jus

acrescendi inter conjunctos in eandem rem, *l. unie. §. 14. C. de cad. toll. Gomez 1. resol. 10. n. 7.* Septimo: quod quemadmodum conjux conjugi legare, ita & mortis causa donare potest, *l. 9. §. ult. & l. seq. de donat. int. vir. & ux.* Postremo: quod in hoc genere donationis non opus est insinuatione, *l. ult. C. hoc tit.*

6 Dissimilitudo & discrepantia elucet in his. Primo: quod mortis causa donatio sic fieri potest, ut nullo casu revocetur, quod secus est in legatis, *l. 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat.* Quamquam fatendum est, talem mortis causa donationem naturam mutare, & effecta esse donationem inter vivos, *l. 27. hoc tit.* Idque eleganter ostendit D. Joann. Decker. *dissert. 1. n. 40. & seq.* Secundo: quod donatio hæc ab additione hereditatis, sicut legatum non pender, sed sola morte confirmatur donantis, *l. 32. eod.* Tertio: quod donatio in singulos annos una est, legatum tale multiplex: itaque illa ad heredes pertinet: at primi anni legatum duntaxat purum est; reliquorum conditionale, quod ad heredem legatarii ante diem non transit, *l. 35. §. ult. hoc tit.* Quarto: quod in mortis causa donationibus, an quis capere possit, non donationis, sed mortis tempus inspicitur, *l. 22. hoc tit.* cum in legatis etiam tempus facti testamenti spectetur, §. 4. *infr. de her. quæst.* Quinto: quod donatio fit inter duos, legatum autem præter voluntatem unius te-

(1) *D. l. II. tit. 4. Part. 5. vers. La tercera.*

(2) *L. 1. in fin. tit. 11. P. 61.*

statoris nihil desiderat: unde legatum etiam in absentem & ignorantem confertur potest, donatio autem a presentem in presentem conferenda, l. 38. hoc tit. aut utique in absentem per nuntium aut litteras, ut sciat & donationem accipiat, l. 10. de donat. Quod si quis absenti & ignoranti se donare quid simpliciter dixerit, defenditur donatio jure fideicommissi ex communi Interpretum sententia. His de causis donatio hæc naturam contractus habere dicitur, d. l. 35. §. 3. hoc tit. unde etiam illud est, quod filiusfam. consensu patris mortis causa donare potest, quamvis testamentum facere non possit, nec permittente patre, l. 25. §. 1. eod. Vulgo DD. sic distinguunt, donationem hanc habere naturam contractus, cum in esse producitur, effectu autem & cum in esse producta est, rationem ultimæ voluntatis. Cæterum prius per omnia verum non esse, numerus testium & remissio insinuationis liquido ostendit: idemque de posteriore probat, quod hæc donatio non pendet ab additione hereditatis.

7. Magis se quis velit habere &c. Ex Marciano in l. 1. eod. Estque hæc ratio, cur donationem mortis causa revocare liceat. In donatione inter vivos, qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum quam se habere mavult: in donatione autem mortis causa, qui donat se primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quam dedisse mavult. In summa, se potius habere vult, quam eum, cui donat:

illam deinde potius, quam heredem suum, d. l. 35. §. 2. eod. 8. IN HISPANIA lex II. tit. 4. P. 5. jus Romanorum probans, quinque testes desiderat in donationibus mortis causa. Sed post latam l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. quæ tribus testibus contenta est, in testamentis nuncupativis, eo modo quo exponimus infr. in §. ult. de testam. ordin. dicendum cum D. Covarr. in rub. de testam. part. 3. num. 32. Martienz. in d. l. 1. glos. 2. & in l. 7. tit. 10. ejusd. lib. 5. Burg. de Paz in l. 3. Taur. num. 814. trium testium numerum relato modo, sufficere in his donationibus: tum quia verba d. l. 1. §. 6. ôtra postrimera voluntad, donationem mortis causa satis comprehendunt: tum etiam, quia incongruum omnino foret, majorem solemnitatem requiri in donationibus istis, quam in testamentis: quæ ratione quæ in testamentis remittuntur, etiam in donationibus remissa intelliguntur, l. Marcellus 15. de mort. caus. don.

TEXTUS.

De simplici inter vivos donatione.

2. Alia autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis, aut

sine scriptis manifestaverit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio, eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro Principum dispositiones insinuare eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum; constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. Sed & quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiores exitum donationum invenimus, quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus, colligenda sunt. Scendum est tamen, quod etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstitimus certis ex causis eas revocare: ne illi, qui suas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur injuriam vel jacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos.

COMMENTARIUS

I Agitur hic de donatione propria: quæ alias vera, absoluta, & mera, l. 23. §. 2. de mort. caus. don. l. 27. hoc tit. alias simplex, l. 20. §. 3. famil. ereisc. alias directa, l. 25. hoc tit.

C. de donat. alias inter vivos, ut hic, & l. 27. de mort. caus. don. appellatur. Descripsimus hanc donationem initio hujus tituli.

2. Temere revocari non possunt.] Mortis causa donatio temere, hoc est, pro arbitrio, facile & sine causa revocari potest: quippe quæ hanc in se semper conditionem habet, ut revocare liceat. Vera autem donatio naturam suam irrevocabilis est: nam quod hanc etiam aliquando revocari licet, id ex accidenti est, & factio donatarii, pro beneficio insignem injuriam rependens, non ex intentione donantis, utpote qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti, l. 1. hoc tit. Utrique tamen si præcivisset donator ingratum fore donatarium, abstinisset dubio procul a beneficio: & hinc ortum jus revocandi, de quo sub finem hujus §.

3. Perficiuntur autem, cum donator voluntatem suam manifestaverit.] Et donatarius eam voluntatem gratam ac ratam habuit. Neque enim donatio est sine acceptione, l. 10. hoc tit. l. 19. §. 2. eod. quippe datio acceptione confirmatur. Perficitur donatio ex constitutione Justiniani solo consensu, ut emptio & venditio: non est igitur perfecta habenda, antequam eam gratam habuerit donatarius, excepto casu comprehensol. 15. C. de sacros. Eccles. favore Ecclesie. Denique in omni conventionem consensum mutuum intervenire oportet. Sed & perfectio, de qua hic agitur, primus tantum gradus perfectionis est, unde dona-

tatio acquiritur obligatio & actio, non rei donatæ dominium. Et enim vere & plene demum perficitur & consummatur donatio; doni & promissi præstatione. Eodem modo emptio venditio perficitur dicitur, simul atque de pretio inter emptorem & venditorem convenerit, §. 3. *inf. de empt. & vend.* At constat, eam non ante pro consummata haberi, quam res tradita & pretium solutum sit. Videtur autem Justinianus *hoc tit.* id tantum indicare voluisse, quod ipse constituit, ex nudo pacto donationis obligationem introducens, *L. 35. C. hoc tit.* contra regulam generalem juris antiqui, *L. 7. §. 4. de pact.*

5. Illud vero constat, non eandem esse præstationem donatoris & venditoris; donatorem ad dandum, venditorem simpliciter ad tradendum teneri: donatorem ia quantum facere potest (1), venditorem in solidum condemnari: hunc teneri nomine evictionis, illum non item, *L. 18. §. ult. hoc tit.* Neque tamen ideo male donatio & venditio inter se, ut similia, comparantur. Nam in omni similitudine inspiciendus est principalis scopus atque intentio ejus, qui ea utitur: cui scopo si serviat, cætera similis sint; an dissimilia; parum refert.

6. *Insinuari actis intervenientibus volebant &c.* Lex civilis neminem donare aut liberalem esse vetat: cæterum prospexit, ne cujuslibet summæ aut quantitatis donatio statim rata esset. Et recte: expedit enim Reipubl. ne

quis temere patrimonium suum effusus largitionibus exhaustiat; hoc enim est res sua male uti, eamque perdere. Modum donationibus primum imposuit lex Cincia, qua cautum Ulpianus *tit. 1. scribit*, ne supra certam quantitatem, quam tamen non exprimit, donare liceret; extra quam si conjunctis personis donaretur: quod jus usque ad Constantini tempora duravisse videtur, per *L. 3. C. Theod. hoc tit.* Unde existimare licet, quantitatem lege Cincia definitam fuisse ducentorum aureorum: & donationem, quæ eam quantitatem excederet, actis fuisse insinuandam, hoc est, consignandam litteris publicis, quod Constantinus etiam custodiri voluit inter necessarias conjunctasque personas, *L. 5. C. Theod. l. 27. C. hoc tit.* Justinianus autem quantitatem auxit, primum ad trecentos, *L. 34. C. eod.* deinde ad quingentos solidos, *L. pen. §. ult. C. eod.* atque ad hanc usque quantitatem liberam donandi facultatem unicuique permisit, etiam sine donationis insinuatione. Si vero hanc summam donatio superaret, non aliter ratam esse voluit, quam si in acta publica relata esset. Neque tamen in totum irritam esse jussit donationem, quæ summam definitam excedens actis inserta non esset; sed tantummodo quatenus terminos legis excederet, *d. l. 34. hoc tit. novellæ 62. cap. 1. §. ult. (2).*

7. *Quæ insinuationem minime desiderant*] Harum numero sunt donationes principales, quas sci-

licet vel Princeps facit, vel quæ Principi fiunt, *L. 34. C. hoc tit.* (1): item donatio propter nuptias, *nov. 119.* (2), ubi in vulgari versione nomen sponsalitiæ largitatis sumptum pro donatione propter nuptias. Postea distinctio aliqua adhibita, *nov. 127. §. 2. auth.* Eo decursum *C. de don. ante nupt.* Præterea si quid pro redemptione captivorum, pro restitutione ædium incendio aut ruina consumptarum (3), aut si quid fortissimis militibus donatum sit a militum magistris, quancunque sit pretii quod donatum est, valet donatio, etiamsi actorum auctoritate non nitatur, *L. pen. in pr. §. 1. & 2. C. eod.*

8. *Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum*] Huc refero, quod Justinianus constituit, ut majoris summæ donationes, quæ actis inscriptæ non sunt, non omnino, sed tantum quatenus legitimam summam excedunt, vitentur, *d. l. 34. §. 1. hoc tit.* Item ut plurium donationum eadem, sed diversis temporibus factarum summæ non simul æstimentur, sed cujusque donationis separatim & distincte; utque idem fiat, cum annua quantitas donatur ad tempus vitæ donantis aut donatarii, *d. l. 34. §. pen. & ult.*

9. *Si tamen ingrati*] Simplex & mera donatio temere, ut supra dictum est, revocari non potest: non sola poenitentia, ut donatio mortis causa: ac ne ob quamlibet quidem ingratitudinem dona-

tarii. Cæterum si insignis sit illius ingratitude & talis, quæ sceleris affinis sit aut conjuncta, etiam hujusmodi donationem revocare merito & tanquam ab indigno auferre concessum est, *L. ult. C. de revoc. don.* (4). Poteritque eo nomine vel Judicis implorari officium, vel agi conditione *ex d. l. ult.*

10. *Donatoribus licentiam præstitimus*] Donatoribus solis, non etiam heredibus eorum; *d. l. ult. C. de revoc. don.* (5), quippe actio, quæ adversus ingratos datur ad revocandam donationem, vindictæ cujusdam & ultionis injuriæ effectum habet, & ideo personalis est, atque actioni injuriarum in hoc similis; quam constat heredi ejus, qui injuriam passus est, non dari, §. 1. *infr. de perp. & temp. act.* Nec in heredes igitur ingrati danda erit, nec si ipsi ingrati, non donatarius, extiterint, arg. *d. l. ult.* longeque alia est ratio feudi, quod non tantum primam investitum, verum etiam successores ejus ad certa officia præstanda obligat.

11. *Ex certis causis*] Quæ numero quinque exprimuntur *d. l. ult.* & nimirum hæc: si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit: si illi impias intulerit manus: si vitæ ejus insidietur: si grandem jacturæ molem substantiæ seu bonis donatoris ingesserit (6): si conventiones donationi appositae implere nolit. Hæc autem ultima causa non vi-

Rr

Tom. I.

- (1) *D. l. 9.*
 (2) *D. l. 9.*
 (3) *D. l. 9.*

- (4) *L. 10. d. tit. 4. P. 5.*
 (5) *D. l. 10. tit. 4. P. 5. vers. ult.*
 (6) *D. l. 10.*

(1) *L. 4. tit. 4. P. 5. vers. Mas.*(2) *L. 9. d. tit. 4. P. 5.*

detur posse accommodari donationi propriæ & absolutæ, quæ conventiones seu gravamina non admittit. Enimvero licet plures causas non enumeret Justinianus, atque ob eas tantummodo, quas exprimit, revocationem donationis permittat; assentior tamen communi DD. sententiæ, qui negant, similes & majores causas ob id excludi oportere, uti recte iidem etiam admittunt causas alias hereditationis præter eas, quæ enumerantur *novell. 115. cap. 3. de quo uberius infr. de inoff. testam.*

12 Additur a DD. & alia causa revocandæ donationis, si scilicet donator post factam donationem liberos susceperit, per *l. 8. C. d. tit. de rev. don.* Tametsi enim ea lex tantum loquatur de patrono & libertis, quorum propria & diversa prorsus in plerisque rebus ratio est, atque aliorum extraneorum; putant tamen, quorumcunque donationes eodem isto jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur autem hoc argumento: quod donatio facta ab eo, qui liberos non habet, videatur in se continere tacitam conditionem, si liberi ipsi postea nati non fuerint, de quibus si cogitasset, donaturus fuisset credi non debeat; cum nemo præsumatur successiones alienas propriis antepone, per *l. cum avus 102. de cond. & dem. l. 30. C. de fideicom.* Ego vero, etsi hæc sententia colorem aliquem humanitatis habere videtur, ausim affirmare, eam mentem Constantini, cujus est *d. l. 8. minime fuis-*

se. Cur enim de patrono tantum locutus esset? An quia ex facto inciderat, ut de donatione a patrono facta quæreretur? Atqui generalis est constitutio ad Præfectum prætorio, non ad patronum aliquem, aut certam facti speciem directa. Quoties autem lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum est, legem ad alias personas non pertinere, *l. 64. §. pen. solut. matrim. l. 21. de testam. milit.* Est vero etiam jus illud novum constitutum contra manifestam rationem juris communis statuentis neminem posse renunciare obligationi semel constitutæ, adversario non consentiente, *l. 5. C. de obl. & act. cum similib.* ut Interpretis non sit, ad alios casus & donatores extraneos id producere, *l. 14. de legibus.*

13. Executiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos donatori postea natos loquatur: ac ne apud Justinianum quidem, qui cum liberorum jura ubique non servaverit modo, verum etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset: certe ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, omisurus non fuerat. Canones etiam contrarium ostendunt; *cap. ult. caus. 17. quæst. 4.* ubi Augustinus laudans factum S. Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos, ei natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat, *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus*

pus non reddere, sed jure fori, non jure poli. Perperam autem ad præsentem casum trahitur species *d. l. cum avus 102. de cond. & dem. & d. l. 30. C. de fideic.* quia non loquuntur hæc leges de donatione, sed de ultimis voluntatibus, quæ ex solius testatoris mente interpretationem recipiunt, & pro ejus solius arbitrio constituuntur, sustinentur & revocantur, *l. 19. de cond. & demonstr. l. 35. §. 3. de hered. inst.* secus atque in contractibus, *d. l. 5. C. de obl. & act.* in quibus & contra eum fieri solet interpretatio, cui liberum fuit, re integra, aperte loqui, per *l. 99. de verb. oblig. cum simil.* Adhæc, in donatione inter vivos, qui donat, potius donatarium, quam se ipsum habere mavult, *l. 35. §. 2. de mort. caus. don.* ergo & donatarium potius, quam suos liberos: quod secus quoque accidit in ultimis voluntatibus, ut bene probat Anton. Fab. *lib. 7. conject. cap. 14.* ubi & aliis rationibus hanc sententiam firmat.

14. IN HISPANIA *lex 9. tit. 4. P. 5.* insinuationis necessitati subicit donationes quæ excedant, quingentos marabotinos seu maravedisios aureos, ex eis scilicet, qui pendebant sextam uncie auri partem, ut probat D. Covarr. *de veter. numis. collat. cap. 6. num. 4.* simulque statuit *ead. l.* ut insinuatione non egeant donationes illæ quæ conferuntur in Ecclesias, Xenodochia vel locum aliquem religiosum. Cæterum donatio omnium bonorum vel magnæ eorum partis facta ab eo, qui liberos non habet, rescinditur in

, totum ipso jure ob insperatam, sobolis ejusdem donatoris nati-
vitatem, *l. 8. tit. 4. P. 5.* Quid
, autem nomine magnæ partis ve-
niat intelligendum lex non ex-
primit: unde probabilius vide-
tur arbitrio Judicis relictum es-
se, Lopez in *gloss. 5. d. l. 8.*
, Molina *tract. 2. de just. & jure,*
, *disput. 282.* qui & alias in hoc
, argumento quæstiones examinant,
, quas nostrum institutum discu-
tere non patitur. *Laudata ta-*
, *men Partita lex* quatenus de do-
, natione omnium bonorum loqui-
, tur, intelligenda est post *leges*
, *Taurinas*, ut locum habeat eo
, casu quo donator usumfructum
, vel aliud sibi reservaverit: quia
, alias similis donatio omnium bo-
, norum etsi præsentium duntaxat,
, nulla est ab initio independen-
, ter a filiorum natiuitate, *l. 69.*
, *Tauri*, quæ eadem est cum *8.*
, *tit. 10. lib. 5. Recop.* Sed & olim
, nulla pronunciata fuerat donatio
, omnium bonorum, *l. 7. tit. 12.*
, *lib. 3. Fori Regii.*

TEXTUS.

De donatione ante nuptias
vel propter nuptias.

3. Est & aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus Divis Principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, & tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset; cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias

vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, & nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem Divus Justinus pater noster, cum augeri dotes & post nuptias fuerat permissum, si quid tale eveniret, & ante nuptias augeri donationem, & constante matrimonio, sua constitutione permisit: sed tamen nomen inconueniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, & consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed etiam constante matrimonio initium accipiant: & non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur: & dotibus in hoc exæquentur, ut quemadmodum dotes, constante matrimonio, non solum augeantur, sed etiam fiunt: ita & istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur, & constituantur.

COMMENTARIUS.

I Dos & donatio propter nuptias genera sunt improprie donationis inter vivos. Dotem ab antiquis inter donationes numeratam, testis est ipse Justinianus l. ult. C. de donat. ant. nupt. ut mirum sit, nihil de ea hoc loco tradi. Est autem dos: Donatio nomine uxoris in maritum

collata ad onera matrimonii sustinenda, l. 20. C. de jur. dot. Donatio propter nuptias vice versa est: Quæ a parte mariti in uxorem, vel sponsi in sponsam confertur in securitatem dotis, & quasi remunerandæ dotis causa. Est igitur donatio propter nuptias veluti contraria dos mariti.

2 Quod veteribus prudentibus penitus erat incognitum] Veteribus incognitæ non fuere donationes ante nuptias, hoc est, quæ inter sponsum & sponsam liberalitatis & amoris gratia fieri solent, & juris gentium sunt, ut ceteræ donationes propriæ quæ ex mera liberalitate fiunt: sed talis species donationis ante nuptias, qualis tempore Justiniani frequentabatur, veteribus incognita fuit, utpote quæ demum post translationem Imperii in Orientem excogitata est, sensimque ita formata, ut vera donatio, & juris gentium esse desierit, factaque sit species donationis improprie & quæ omnino sit juris civilis.

3 Itaque ex constitutione Constantini hoc jure uti cœperunt, ut donatio omnis inter sponsum & sponsam facta, intelligeretur tacitam in se habere conditionem futurarum nuptiarum, l. 15. C. eod. tit. Et optima sane ratione: nam donatio sponsi in sponsam merito præsumitur proficisci a singulari affectione, qua sponsam ut futuram uxorem complectitur, sine spe nuptiarum haud facile donaturus. Non est autem hac Constantini constitutione effectum, ut donatio interim in suspensio sit, donec nuptiæ secutæ fuerint: ita

causa

enim futurum esset, ut in eum casum incideret, a quo non posset incipere, nimirum, in donationem inter virum & uxorem, l. 4. C. eod. quæ jure civili semper prohibita fuit: sed ut non secutis nuptiis resolvatur, uti antea fiebat, cum id expresse cautum fuerat, d. l. 1. §. 1. hoc tit. Cæterum non in omnem eventum, quo nuptiæ secutæ non fuerant, repetitionem donati Constantinus concessit; sed ita distinxit, ut si per eum eamve, qui quæve donationem accepit, steterit, quominus nuptiæ sequerentur, donatori aut donatrici conditio daretur ob causam dati, causa non secuta; sin vero per donantem factum esset, non solum donati esset retentio, verum etiam exactio, d. l. 15. Quod si mors alterutrius spem nuptiarum sustulisset, tunc si quidem sponsa donasset, omnimodo & integri, quod donatum erat, repetitio foret, sive osculum intervenisset, sive non: at si sponsus, tum non aliter ipsi aut heredibus ejus jus esset repetendi totius, quod donatum esset, quam si osculum non intercessisset: interveniente vero osculo, partem tantum dimidiam repetere liceret, l. 16. C. eod. Porro nuptiis secutis nulla donati repetitio erat, sed res pleno jure atque irrevocabiliter ejus, cui donata erat, facta intelligebatur.

4 Successit tandem donatio ante nuptias, de qua hic agitur, & quam Justinianus propter nuptias vocari voluit. Hæc fit a solo sponso, & vi atque effectu

multum a præcedentibus differt. Nam primum doti, cujus remuneratio quædam censetur, in hoc similis est, quod quemadmodum uxor soluto matrimonio dotem recipit, l. 2. solut. matrim. ita & vir donationem propter nuptias, cap. ult. §. de don. int. vir. & uxor. Deinde nec revera ex hac donatione dominium rei donatæ transit in uxorem (1); sed alia jura consequitur, veluti jus specialis hypothecæ: nam res donatæ propter nuptias pro securitate dotis mulieri speciatim obligatæ esse intelliguntur, l. 29. C. de jur. dot. nov. 61. cap. 1. & hic præcipuus hujus donationis finis est, ut dos mulieri sit cautior: unde recte D. Wesemb. notat, res propter nuptias donatas potius hypothecæ subjici videri, quam vere alienari. Item hoc, ut viro temere divortium faciente donatio hæc aut tota aut pro parte lucro uxoris cedat, in quo doti quoque respondet: nam mulier sine justa causa divertens; & ipsa amissione dotis plectitur, l. 8. §. hæc nisi 4. C. de repud. Novissime etiam hoc constitutum, ut quibus casibus maritus ex pacto dotem vel partem ejus lucratur, iisdem & uxor lucretur donationem propter nuptias partemve ejus, & ut in omnibus æqualitas sit inter ipsam & dotem, novell. 61. cap. 1. nov. 91. cap. 2. nov. 97. unde sumpta auth. Æqualitas C. de pact. convent.

5, IN HISPANIA probata est, in ll. 1. & 4. tit. 2. lib. 5. Re- cap. sponsalitia largitas sive do-

(1) L. 7. tit. 11. P. 4.

natio ante nuptias eisdem ferme conditionibus, quibus eam Imperator Constantinus uniuersat *ll. 15. & 16. C. de don. ante nupt.* Nullius enim est roboris, si nuptiæ non sequantur, nisi osculum intercesserit, quo interueniente pars dati dimidia sponsæ aut heredibus ejus lucro cedit. Sed si, quod raro accidit, sponsa sponso dederit, integrum quod datum est sponsa repetet, insuper habito, osculum interuenit necne, *l. 3. tit. 11. P. 4. d. l. 4.* Si vero nuptiæ fuerint secutæ, totum quod datum est, uxor heredesve illius lucrantur, *d. l. 4.* Hæc autem donatio, quæ in vestibus pretiosis atque ornamentis muliebribus solet consistere, octavam dotis partem excedere non debet, *d. l. 1. aliter enim, quod excesserit, si sero tribuetur, l. 5. in pr. d. tit. 2. lib. 5. Recop.* **SED HÆC SALUBERRIMA TAXATIO QUOTIDIE CONTEMNITUR, MAGNO REIPUBL. DETRIMENTO! Vide & luge damna, quæ ex hoc contemptu fluunt, graphice descripta in laudata l. 5. tit. 2. lib. 5. Recop.**

6. Deinde alia quoque donatio inter sponso in Hispania noscitur, quæ appellatur *Arrha*, *l. 2. cum duab. seqq. d. tit. 2.* non quidem eo sensu, quo in iure Romanorum capitur pro signo seu argumento celebrati contractus, etiam sponsaliorum, ut in *tit. C. de sponsal. & arrhis*, sed longe diverso, ut sit: *Donatio facta sponsæ ab sponso in remunerationem dotis, vel vir-*

ginitatis, vel nobilitatis, Gomez in l. 50. Tauri num. 12. ubi etiam tradit, eam constante quoque matrimonio fieri posse, ut & Covarr. *de matrim. part. 2. cap. 3. §. 7. num. 14.* qui recte *ibidem* notant, donationem hujusmodi plurimum differre ab ea, quæ *propter nuptias* dicitur: quia licet in *l. 1. tit. 11. P. 4.* dicatur, donationem propter nuptias appellari in Hispania *Arrha*, pro cedit id attentis Partitarum legibus, non autem post latas Taurinas, 50. scilicet cum *tribus seqq. iidem Gomez & Covarr. ubi sup. Azeved. in d. l. 2. tit. 4. Recop.* quæ eadem est cum 50. *Tauri.* Sed & *arrhæ taxatæ* sunt, ut decimam bonorum mariti partem non superent, *d. l. 2.* in qua insuper renunciatio hujus taxationis vetatur, ut nulla sit, imponiturque pœna amissionis officii Tabellioni, qui de ea instrumentum confecerit. Hæc tamen taxatio, quæ *al. 2. tit. 2. lib. 3. Fori Regii* ducit originem, nedum respicit bona mariti, quæ tempore constitutionis habuit; sed & postea quasi-ta, *d. l. 2. Fori.* Dominium vero *arrharum*, ita nuptiis secutis, uxori quæritur, ut quamvis decesserit sine liberis sive testata, sive intestata, ad heredes illius pertineat, etiam superveniente marito, *l. 3. d. tit. 2. lib. 5. Recop.* Si vero uxori & sponsalitia largitas & *arrhæ* fuerint constitutæ, ipsa heredesve ejus, matrimonio soluto, pro libito eligent has vel illam habere, intra viginti dies ex quo fuerint in-

vitati a marito vel ejusdem heredibus, quibus, elapso termino, electio competet, si ab uxore ejusve successoribus non sit facta, *l. 4. d. tit. 2.*

7. Donationem denique propter nuptias, cujus naturam late supra tradimus a *vers. Successit*, non esse in usu in Hispania, notavit jam Anton. Gomez in *laudata l. 50. Taur. n. 11. in fin.* Cæterum alia frequentatur donatio, quæ propter nuptias appellari solet, & dicitur in *l. 9. tit. 6. lib. 5. Recop. l. 3. tit. 8. eod.* quæ eadem sunt cum 25. & 29. *Taur.* quæ non fit sponsæ ab sponso sive marito, sed filiis a parentibus, ut filii magis honorifice matrimonium contrahant, illiusque onera sustineant, idem Gomez *ubi sup.* unde plurimum differt ab ea, quam Romani agnoverunt, & supra explicuimus a *laudato vers. Successit.*

TEXTUS.

De jure accrescendi.

4. Erat olim & alius modus civilis acquisitionis per jus accrescendi, quod est tale: Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit, vel vindicta, vel testamento; eo casu pars ejus amittebatur, & socio accrescebat. Sed cum pessimum fuerat exemplo, & libertate servum defraudari, & ex eo humanioribus quidem dominis damnum inferri, severiori-

bus autem dominis lucrum accedere; hoc quasi invidia plenum, pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus. Et invenimus viam, per quam manumissor, & socius ejus, & qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente (cujus favore antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est), & eo, qui eam libertatem imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente, & socio indemnè conservato (1); pretiumque servi secundum partem dominii, quod nos definitivimus, accipiente.

COMMENTARIUS.

I. **Alius modus civilis acquisitionis**] Vel hinc apparet, superiores acquirendi modos inter acquisitiones civiles a Justiniano numerari. Subjicit autem *hic* pro conclusione alium civilis acquisitionis modum, sed antiquatum, & quem ipse jam antea abrogaverat, quo scilicet pars unius domini communem servum manumittentis socio quærebatur jure accrescendi. Quod jus donationi valde affine erat: quoniam & ipsum causa erat mere lucrativa: & quia dominium istius partis citra traditionem transibat ad socium, omnino hic modus pertinebat ad jus civile; estque casus quidam, quo jus accrescendi locum habebat extra causam ultimarum voluntatum.

2. *Per nostram constitutionem*

(1) *L. 2. tit. 22. P. 4. l. 3. tit. 5. P. 5.*

mederi] *l. 1. C. de comm. serv. manum.* ubi quod in solis militibus antea obtinebat, jus commune facit, sancitque generaliter, ut servus communis ab uno ex dominis manumissus liber omnino fiat, si manumissor alteri domino pretium suæ partis persolvere paratus sit. Neque inter modos manumittendi hic distinguendum, cum quævis manumissio nunc civem Romanum faciat, §. 3. *supr. de libert. & generaliter loquatur Imp. d. l. 1. §. 1.*

3 *Contra communes regulas*] Jure communi nemo rem suam vendere aliove modo alienare cogitur, *l. 11. C. de contr. empt. l. 16. C. de jur. del.* Ab hoc jure in casu proposito recedendum putavit Justinianus propter favorem libertatis: neque hoc, ut novum

carpendum esse, cum etiam veteres juris conditores multa pro libertate contra rationem juris constituisse, notum sit, *l. 24. §. 10. de fideic. libert.* Plures casus, quibus quis rem suam vendere cogitur, notavimus ad §. ult. *supra de his, qui sui vel al. jur. sunt.*

4 *Quod nos definitivimus*] Ne de pretio partis domini non manumissoris contentio esset, Justinianus servorum pretia pro ætate, atque artificio cujusque, quod exerceret, certa definiivit, crescuntque a decem solidis, usque ad septuaginta, *d. l. 1. §. ne autem §. C. de comm. serv. man. l. ult. C. de cond. insert.* Quod tamen nonnulli non satis prudenter factum existimant, definitionemque pretii in singulis causis arbitrio Magistratus potius permittendam fuisse (1).

TITULUS OCTAVUS.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON LICET.

1 **E**xplicati hæctenus sunt plerique modi, quibus dominium rerum singularum nasciscitur tum jure gentium, tum jure civili. In his præcipuus & modus maxime naturalis est, cum dominus rem suam ita alteri tradit, ut eam velit fieri accipientis, §. 40. *supr. de rer. div.* Cæterum cum hoc non semper procedat, propterea quod non omnes, qui domini sunt, jus alienandi rem suam, vel etiam administrandi ha-

beant: deinde quia quandoque etiam contingit, ut is, qui dominus non est, dominium in accipientem transferat, eo quod alienandi potestatem a legē accepit; utrumque hoc Justinianus exemplis sibi declarandum putavit proprio titulo; quem idcirco etiam statim superioribus subjicit. In *pr. & §. ult.* profert exempla eorum, qui cum domini sint, jus tamen alienandi non habent: in §. 1. exemplum contrarium.

TEX-

(1) *D. l. 2. tit. 22. P. 4.*

TEXTUS.

De marito.

Accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit: & contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare; quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum, quod nos, legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habeat, quæ Italicæ fuerant: & alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant; hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utriusque remedium imposuimus, ut etiam in eis res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat: ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.

COMMENTARIUS.

1 **D**otale prædium maritus prohibetur alienare] Primum exemplum, quo ostenditur, eum qui dominus est, aliquando alienare non posse, in marito quoad prædium dotale. Ait, *prædium: ergo rei mobilis alienatio marito prohibita non est; quod etiam probant textus in l. 3. §. 2. de suis & legit. l. 3. C. de jun. dot.*

Tom. I.

(1) *L. 7. tit. 11. P. 4. vers. Pero.*

utique tamen hoc ita, si maritus solvendo est, *l. 1. C. de serv. pign. man.* nam alioqui in fradem uxoris id facere censetur: quippe cui dos deberi incipit, ex quo constat mariti facultates ad exactionem dotis non sufficere, etiamsi matrimonium necdum solutum sit, *l. 24. solut. matr.* Prædium autem accipere debemus inæstimatum: nam quæ res æstimato in dotem dantur, eas omnes, sive mobiles sint, sive immobiles, libere a marito alienari posse (1), vel ex eo patet, quod soluto matrimonio non res ipsæ, sed pretium sive earum æstimatio in restitutionem veniat judicio venditi, *l. 10. §. 4. de jur. dot. l. 5. l. 10. C. eod.* Utique si æstimatio facta sit venditionis causa; secus facta si facta sit tantum intertrimenti, id est, taxationis causa, ut constet, quanti res sit, ut in *l. 69. §. 7. de jur. dot. l. 50. solut. matrimon.*

2 **Per legem Juliam**] Quæ vulgo appellatur Julia de fundo dotali, *l. 1. l. 4. de fund. dot.* Tulit hæc legem Augustus: est enim ea ipsa, quæ de adulteriis & de pudicitia dicitur, ut constat ex Paulo 2. *sentent. 21.* atque ex inscriptione multorum capitum sub *d. tit. de fund. dot.* quippe lex illa inter alia hoc etiam caput de fundo dotali habuit conceptum in hæc verba: *Fundum Italicum dotalem maritus invita uxore ne alienato: neve consentiente ea obligato, l. un. §. 15. C. de rei uxor. act.* Adi. Brisson. *lib. sing. ad leg. Jul. de adult.* ubi hujus legis ca-

ss

pi-

pita, quæ quidem in libris nostris continentur, accurate collegit & exposuit. Causa prohibitionis est favor dotium, quas mulieribus salvas esse etiam publice expedire creditur, quo facilius iterum virum inveniant, l. 2. de jur. dot. Ac tametsi soluto matrimonio maritus heredesve ejus dotem restituere tenentur: præstat tamen, mulierem rem habere salvam, quam in personam agere, per l. 25. de div. reg. jur. l. 5. de susp. tut. Cæterum non de rebus dotalibus omnibus lex cavet, sed de prædiis duntaxat; utpote quarum alienatio mulieribus maxime damnosa esse potest propter harum rerum pretium. Sed & prohibita rerum mobilium alienatione facile fieri posset, ut multi deciperentur; magnaque inde sequerentur incommoda.

¶ *Quamvis ipsius sicuti Maritum esse rei dotalis dominium, in numeris locis & perspicue proditurum est, l. 1. §. 1. l. 13. §. 2. de fund. dot. l. 7. §. 3. de jur. dot. l. 23. C. de l. v. (1) A causamque dotis habilem esse ad transferendum dominium, non secus ac venditionem, permutationem, donationem, scriptum expresse est l. 40. supra de rer. div. & probat. l. 1. Pand. pro. dot. Nam si has mulier rem alienam marito ex causa dotis tradidit non tenet ferret usquepiendi facultatem. Idem quoque arguunt effecta juris dotis propria, qualia sunt; quod tantum solus rem dotalem vendit, l. 9. C. de ven. sim. quod servus dotalis heres ab aliquo in-*

stitutus jussu mariti aut adit aut repudiat hereditatem, l. 58. solut. matrim. quod dotali servo libertatem dare potest, l. 3. C. de jur. dot. Quibus etiam hoc argumentum accedit, quod ne mortuo quidem marito dominium rei dotalis ad uxorem revertitur, sed una cum universitate transit in heredem mariti, d. l. 1. §. 1. de fund. dot. ut proinde ex ratione juris veteris nec ad repetendam dotem mulieri competeret actio in rem, sed tantum personalis rei uxoriæ, aut ex stipulatu. Postremo si maritus dominus rei dotalis non esset, quid opus fuit lege, qua marito interdiceretur fundi dotalis alienatio?

¶ Non pauca tamen huic sententiæ obstare videntur, atque uxori non marito dominium dotis asserere in l. 75. de jur. dot. dicitur esse ipsius mulieris alibi proprium mulieris patrimonium, l. 3. §. 5. de minor. De fundo dotali dissevit Ulpianus in l. 7. §. 1. 2. solut. matrim. tanquam de re aliena respectu mariti. Maritum in rebus dotalibus dolum & culpam præstat, l. 17. de jur. dot. Penes mulierem esse dicitur etiam fundi dotalis possessio, ut satisfacere ea de causa non tenetur, l. 15. §. 3. qui satisd. cog. Denique generaliter a Justiniano traditum est, res dotales in dominio uxoris permanere, l. 30. C. de jur. dot. Una hujus dissidii causa est, ob quam simplicissima dicamus, solum maritum esse rei dotalis etiam inæstimatam rem, jactumque dominium, cæterum

quia hoc dominium mariti perpetuum non est, sed abiturum ab eo, solutoque matrimonio rediturum ad mulierem (quippe cui maritus facti divortio, quod apud Romanos frequenter contingebat, dotem restituere cogitur), hujus dissolutionis, ac futuræ restitutionis intuitu dotem videri non tam mariti, quam uxoris esse, & adhuc patrimonium uxoris appellari, deque marito considerato eodem exortu Jurisconsultos nonnunquam ita loqui tanquam de non domino, & quasi rei alienæ administratore, præsertim in tit. sol. matr. Qua ratione etiam defendendum erit, quod Justinianus ait, sola legum subtilitate rei dotalis dominium in maritum transferri, naturaliter autem penes uxorem manere, d. l. 30. C. de jur. dot. Loquitur enim etiam de rebus æstimatis, quas certo constat in patrimonium mariti transire, idque pleno etiam & perpetuo jure, cum maritus non ipsas, sed earum æstimationem restituere debeat, l. 7. & 10. C. eod. Mirum vero non est Justinianum sic loqui, dum scopo suo serviens colorem aliquem quærit constitutioni suæ, qua contra rationem juris uxori pro rebus dotalibus tam æstimatis, quam inæstimatis concedit actionem in rem. Quod tamen de utili in rem accipiendum, & quæ soluto demum matrimonio uxori detur in subsidium, ubi maritus solvendo non est.

6 In rebus, quæ Italica fuerant] In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuit. Cur igitur

magis in Italia, quam in provinciis mulieribus prospectum, cum idem ubique sit, aut esse debeat dotium favor? Existimo, non de fuisse alia remedia, quibus nupturæ sibi in provinciis consulere potuerint.

7 Alienationes inhibebat] Alienatio dicitur: Omnis actus, per quem dominium transfertur, l. 1. C. de fund. dot. (1). Itaque non tantum distrahi fundus dotalis prohibetur, sed etiam donari, permutari, in solutum dari, legari: ac ne quidem si miles legaverit, ratum erit legatum propter legem Juliam, l. 16. de testam. mil. Sed & usucapio quoque appellatione alienationis continetur, l. 28. de verbor. sign. & ideo ad hanc quoque speciem lex Julia pertinet, l. 16. de fund. dot. fac. l. 12. de usurp. & usuc. Alienatum autem proprie non videtur, quod adhuc in dominio nostro manet, quamvis venditum recte dicatur, l. 67. de verbor. sign. Alienandi autem prohibitionem eos quoque casus comprehendendi intelligimus, quibus jus aliquod in re a domino, separatim transfertur, l. ult. C. de reb. al. non alien. Quare nec servitutem prædio dotali maritus imponere poterit, nec servitutes prædio debitas remittere vel amittere non utendo, l. 5. de fund. dot. l. 6. eod. tit.

8 Hypothecæ earum etiam volente ea] Lex Julia alienationes prædiorum dotalium prohibuit, quæ invita muliere fiebant; oppignerationem etiam quæ fiebat ea consentiente, l. un. §. 15. C. de rei

ux. act. Hoc ideo, quia facilius mulier adduci potest, ut consentiat obligationi, ubi nullum præsens periculum est, sed spes fore, ut maritus rem luat; quam alienationi consentiat, per quam rei ipsius dominium statim in alium transfertur. Quod igitur facilius mulier concessura erat, arctius lex, imo solum prohibere voluit: ut passim videmus ea sola legibus prohiberi, quæ facile fieri possunt, cum lex ea fieri non vult, non quæ difficulter. Hac ratione Senatusconsulto Vellejano mulieri pro alio se obliganti succursum est, non donanti: nimirum quia, ut inquit Jurisconsultus, facilius se mulier obligat, quam alicui donat, l. 4. §. 1. ad SC. Vellej. Eadem ratio fuit legis Fusæ Caniniæ infinitam manumissionem in testamento prohibentis, non inter vivos, *supr. de leg. Fus. Can.*

9 *Utrique remedium imposuimus.* Justinianus legis Juliæ prohibitionem primum porrexit ad prædia provincialia, d. l. un. §. 15. *C. de rei ux. act.* quippe quorum nondum eadem causa, quæ Italicorum erat, quod effectum constitutione posteriore, l. un. *C. de usucap. transf.* Deinde alienationem eodem modo, quo oppugnationem prohibuit, ut nec illa vel consentiente muliere fieri posset: quod lex Julia permittebat, d. l. un. §. 15. *vers. cum autem.* Hac autem prohibitio in quibusdam casibus cessare creditur, quos collegit Christin. vol. 3. *decis. 133. num. 26. & 28. cum seqq.*

10 *Ne sexus muliebris fragilitas* Ratio cur legi Juliæ hæc-

nus derogarit, ut nec alienationem prædii dotalis, quæ cum consensu mulieris fit, valere patiatur; quia scilicet succurrendum putavit facilitati mulierum, quæ vel fragilitate sexus, vel mariti reverentia aut amore ductæ facile rerum suarum alienationibus consensum accommodant.

TEXTUS.

De creditore.

1. *Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temerè suarum rerum dominium amittere viderentur: nostra constitutione consultum est, & certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere: cujus tenore utrique parti, creditorum & debitorum satis abundeque provisum est.*

COMMENTARIUS.

1 *Hic* ex adverso ostenditur, etiam cum aliquando, qui dominus non est, alienandæ rei potestatem habere, exemplo creditoris pigneratitii. Magis autem huic pertinent tutores & curatores, quibus res pupillorum suorum & adutorum alienandi potestas

estas non a domino, sed jure tributa est, l. 109. *de verb. sign.* quamvis his non quævis permissa alienatio, nec omnium rerum absque decreto. De quo vid. l. 22. *C. de adm. tutor. l. 1. & passim de reb. eor. qui sub tut.*

2 *Ex pactione* Pertinet igitur hic locus ad alienationem pignoris conventionalis. Ait, *ex pactione.* Quid ergo si de distrahendo pignore nihil convenerit? Adhuc eo jure utimur, ut distrahere liceat, l. 4. *de pign. act.* Quin hoc ipsi naturæ pignoris inest. Atque hic casus potius ponendus fuerat, quam cum pignus alienatur ex conventionem atque expressa voluntate debitoris, per ea, quæ statim sequuntur.

3 *Qui pactus est, ut liceret* Hic igitur casus non magis huc pertinet, quam si procurator, cui id dominus specialiter mandavit, rem alteri vendiderit & tradiderit. Nihil enim interest, utrum ipse dominus rem alteri tradat dominii transferendi causa, an alius voluntate ejus, §. 42. *supr. de rer. div.*

4 *Nostra constitutione consultum* Olim jus vendendi pignoris liberius fuit, quod Justinianus ita coercuit, ut nec creditores putaverit habere, quod conquerantur, & debitoribus justum spatium esset ad expediendam solutionem. Summa constitutionis Justinianæ, quæ est l. ult. *C. de jur. dom. imp.* huc redit, ut si de vendendo pignore nihil convenerit (alioqui forma conventionem præscripta in distractione servanda est), jus sit creditori altero demum post

denunciationem anno id vendere. Si emptor non extet, debitorem ut moneat, ut intra certum tempus pignus luat, aut non apparenti, tempus quo id facere possit, per Judicem præscribat. Hoc autem frustra tentato, ut possit creditor a Principe petere facultatem pro domino possidendi: qua tamen impetrata, adhuc biennium debitori detur, ut interim debitum cum eo, quanti creditoris interest, quæsitâ pecunia persolvere & pignus luere possit: eo vero tempore sine solutione transacto, creditor justus pignoris dominus efficiatur.

5 *Finis venditi pignoris est,* ut ex pretio inde redacto creditori satisfiat: quod ultra consecutus est, id restituere debet, teneaturque eo nomine actione pigneratitia: sicut vice versa in id, quod deest, creditor actio competit adversus debitorem vel fidejussorem ejus, l. 9. §. 1. *de distr. pign.* Illud postremo sciendum est, si creditor ipse pignus non possideat, sed debitor vel alius, actione hypothecaria prius rem evincendam, ac tum distrahendam esse.

6 *IN HISPANIA,* quando in constituendo pignore diés solutioni adjectus est ea lege, ut si non fuerit facta, possit venientie die pignus vendi, non sufficit venisse diem, ut venditio fiat; sed denunciatio etiam hoc casu necessaria est, debitori faciendâ si præsens fuerit in venditionis loco, vel ejus domesticis, si fuerit absens. Cæterum si denunciatio, aliqua ex causa

, impediatur, poterit tunc cre-
ditor pignus vendere, non ali-
ter tamen, quam auctionem fa-
ciens, *l. 41. tit. 13. P. 5.* Si
autem de vendendo pignore non
est conventum, non ante pi-
gnus vendi poterit, quam lapsi
sint 12. dies, dum pignus in
re mobili consistit; vel 30. si
in immobili, ex quo denuncia-
tio fuerit facta numerandi, *l. 42.
eod.* Et tandem si in conventio-
ne pignoris contrahentes sint pa-
cti, ne unquam creditori liceat
pignus vendere, pactione insu-
per habita vendi poterit, non
quidem quoquo tempore, sed
duobus demum elapsis annis post
trinam denunciationem, *d. l. 42.*
tamque hoc casu, quam su-
periore venditio in auctione fie-
ri debet, *d. l. 42.*

TEXTUS.

De pupillo.

2. Nunc admonendi sumus,
neque pupillum, neque pupillam,
ullam rem sine tutoris auctori-
tate alienare posse. Ideoque si mu-
tuam pecuniam sine tutoris au-
thoritate alicui dederit, non con-
trahit obligationem: quia pecu-
niam non facit accipientis: ideo-
que vindicari nummi possunt,
sicubi extant. Sed si nummi,
quos mutuo minor dederit, ab
eo qui accepit, bona fide con-
sumpti sunt, condici possunt: si
mala fide, ad exhibendum de
his agi potest.

(1) *L. 17. tit. 16. P. 6. vers.*
OFROSI.

COMMENTARIUS.

1. **R**edit ad eos, qui, cum
domini sint, alienare
non possunt. Meminit porro unius
pupilli, sed sunt in hoc numero
plures: nam & puberes minores
curatorem habentes huc perti-
nent, *l. 3. C. de in int. resit.*
min. item is, cui bonis interdi-
ctum est, qui, cum de eo obli-
gando aut alienando diminuendo-
ve ejus patrimonio agitur, in ea-
dem causa cum furioso habetur,
l. 12. in fin. de tut. dat. tum
etiam ceteri, qui ob vitium mor-
bumve corporis in curatione sunt,
rerumque suarum administratio-
nem non habent, de quibus in
§. 4. supr. de curat. d. l. 12. in pr.
de tut. & cur. dat. Filius quoque
familias non potest alienare bona
adventitia, quorum usumfructum
pater habet, *l. ult. §. 5. vers. fi-
lius C. de bon. qua lib.* Interdum
causa, ex qua res traditur, alie-
nationem impedit, ut donatio in-
ter virum & uxorem, *Pand. &
C. eod. tit.*

2. *Sine tutoris auctoritate alie-
nare*] Alienatio a pupillo facta si-
ne tutoris auctoritate ipso jure
nulla est: quippe cum nec obli-
gare se pupillus sine tutoris au-
thoritate possit, *l. 9.* & passim
de auct. tut. (1). Ceterum aucto-
re tutore, & obligari potest, mo-
do infantiam excesserit, & res
suas recte alienat, *l. 9. §. 9. inf.*
de inut. stip. (2). Res intelligi-
quarum alienatio sine decreto non
est.

(2) *D. l. 17. & vers.*

est interdicta. Nam prædia pupil-
lorum olim rustica, postea o-
mnia (1), & res etiam mobiles,
quæ sine detrimento servari pos-
sunt, absque decreto Magistrat-
us alienari prohibita, *tot. tit. de
reb. cor. qui sub tut. & tit. C. de
præd. & al. reb. min. sine dec.
non al. l. 22. C. de adm. tut.*

3. *Bona fide consumpti*] Con-
sumpti nummi intelliguntur, pri-
mum corporibus sublatis, veluti
si quis ex accepta pecunia vas ali-
quod conflaverit: quo facto pec-
unia extinguitur. Neque obstat
distinctio *§. 25. supr. de rer. div.*
Nam vas ex nummis aureis vel
argenteis conflatum ad rude qui-
dem aurum vel argentum reduci
potest; ad priorem speciem sive
monetam non potest. Plane pos-
sunt auctoritate Principis nummi
ejusdem potestatis & eadem fi-
gura inde eudi, sed nova hæc mo-
neta & species est, non illa, quæ
prius fuerat. Deinde etiam corpo-
ribus nummorum integris manen-
tibus, veluti si quis nummos ac-
ceptos ita aliis miscuerit, ut dis-
cerni non possint: nam etiam ea
re eum, qui accepit, dominium
fieri placet, *l. 78. de sol. Don. ad
l. rogati 11. §. ult. d. tit. num. 9.*

4. *Condici possunt*] Quod va-
let in nummis alienis mutuo da-
tis, ut iis bona fide consumptis,
ei qui dedit, condictio detur tan-
quam ex mutuo, *l. 11. §. ult.
cum 2. ll. seqq. de reb. cred.* id
valet & in ea pecunia, quæ dan-
tis fuit, si is rei suæ alienandæ
facultatem non habuit, qualis est
pupillus. Quapropter si pupillus

(1) *L. 18. eod.*

sine tutoris auctoritate crediderit
consumptis nummis & illi condi-
ctio nascitur, *l. 19. §. 1. ad ver-
cred.* & omnino quæ translata ab
initio pecuniæ vis est, eandem esse
placet & bona fide consumptæ,
quasi translata: unde recte dicitur,
quod ab initio non valebat
ex numeratione, confirmari pec-
uniæ consumptione bona fide fa-
cta, *DD. in d. l. 11. §. ult. &
d. l. 19. §. 1.*

5. *Si mala fide, ad exhiben-
dum*] Utili scilicet actione non di-
recta, cum nummi consumpti sint:
nam quod dolus pro possessione
est, id non ex vero, sed ex in-
terpretatione est, & fictione ju-
ris, quæ utili tantum actioni lo-
cum facit. Puto tamen & condi-
ctionem in proposito dari, non
quidem quasi ex mutuo, quia con-
sumptio mala fide facta dominum
non facit: sed condictionem sine
causa, utpote quam constat etiam
adversus prædonem fructuum con-
sumptorum nomine dari, *l. 3. C.
de condit. ex lege.*

TEXTUS.

3. *At ex contrario omnes res
pupillo & pupille sine tutoris au-
thoritate recte dari possunt. Ideo-
que si debitor pupillo solvat, ne-
cessaria est debitori tutoris au-
thoritas: alioqui non liberabitur.
Sed hoc etiam evidentissima ra-
tione statutum est in constitutio-
ne, quam ad Casarienses Advoca-
tos ex suggestione Triboniani,
viri eminentissimi, Questoris sa-
cri palatii nostri, promulgavimus
quæ dispositum est, ita licere tu-*

tori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat: quo subsequuto, si & Judex pronunciaverit, & debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas (1). Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, & adhuc eandem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si male consumpserit, aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilo minus condemnabitur: quia temere sine tutoris auctoritate, & non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt: quia id, quod solvunt, non fit accipientis: cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.

COMMENTARIUS.

1. *Sine tutoris auctoritate darsi*] Pupillus quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, l. 11. de adq. rer. dom. semper enim conditionem suam meliorem facere potest, *supr. de auct. tut. in princ.*

2. *Ideoque si debitor*] Hotom. & Wesemb. pro *ideoque*, legendum censent, *quanquam*: quia nulla hic conclusio ex præcedente propositione, sed diversæ causæ propositio, & præcedentis regulæ exceptio: nisi hoc in præcedentibus

dicamus subintelligi oportere, ut scilicet quidvis pupillo recte decur sine tutoris auctoritate, cæterum hæcenus, ut ex eo pupillus ipse neque obligari, neque obligationem alienare aut tollere possit.

3. *Necessaria est tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur*] Licet dominium rei solutæ transferat. Nam quemadmodum qui cum pupillo contrahit, pupillo obligatur, quamvis pupillum sibi non obliget, *supr. de auct. tut. in pr.* ita qui cum pupillo obligationem vult distrahere solvendo, licet ea solutione dominium in pupillum transferat; se tamen a pupillo, qui per se neque contrahere neque distrahere obligationem potest, non liberat, d. l. 15. de solut. Debet itaque debitor, si liberari velit, pupillo solvere cum auctoritate tutoris, vel ipsi tutori: nam & hoc casu æque liberatio ipso jure contingit, l. 46. §. 5. de adm. tut.

4. *Ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere*] Locutio implicata, quæ sic construenda & ordinanda est: *Ita licere* (id est, *permitti, jus esse*) *debitorem pupillarem solvere tutori vel curatori &c. Solvere*, id est, *numerare quod debetur.*

5. *Si prius judicialis sententia*] Quamvis si ipsi tutori ejusve auctoritate pupillo facta sit solutio, ea solutione debitor ipso jure liberetur; nihilominus tamen pecunia male consumpta maleve collocata, patet pupillo, si tutor solvendo non sit, restitutio in integrum, nisi sententia Judicis intervenit, l. 1. C. si adv. sol. pup. C.

C. si tut. vel cur. int. (1). Vid. Gomez 2. resol. 14. n. 4. Excipiuntur redditus annui & cæterarum rerum pensiones, quæ minoribus tutore aut curatore auctore, aut ipsi tutori curatorive etiam sine Judice tuto solvantur, l. 25. C. de administr. tut. Siquidem & molestum esset, quotannis adire Judicem, & incommodum minori, diu differri solutionem ejus rei, unde fere ali solet. Quod tamen, & ipsum sic postea Justinianus temperavit, si non excederent metas biennii aut summam centum solidorum, l. 27. C. d. tit.

6. *Sine omni damno*] Id est, sine ullo sumptu aut impensis in Judicem, Scribarum, viatorumve mercedes: nam iniquum esset, debitorem sumptu onerari ex persona creditoris.

7. *Sequitur hujusmodi solutionem plenissima securitas*] Ita ut nec adversus solutionem decernente Judice factum beneficio ætatis in integrum restitui postulans audiatur. Qui non obstat, quod placet, minorem etiam restitui contra factam ex decreto Judicis venditionem, l. 11. C. de præd. min. nam debitor ex necessitate solvere tenetur: emptor potest non emere.

8. *Pecuniam autem salvam habeat*] Etsi solutione sine tutore, Judicive facta eandem pecuniam petere adhuc pupillus potest, aut ipso jure, aut per restitutionem in integrum; si tamen nummi salvi sint, eosque penes se domi pupillus habeat, iterum perentem eum doli mali exceptio-

Tom. I.

(1) L. 4. tit. 14. P. 5.

ne debitor removebit, quod iniquum contra bonam fidem locum capret, l. 15. de sol. l. 57. de div. reg. jur. Eodemque modo conceptis nummis, si ex his locupletior factus iterum petat, exceptione repellatur, ne ditetur cum alieno detrimento, contra quam natura æquum est, l. 47. de solut. l. 14. de cond. ind. Quæ de causa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum est, quatenus patrimonium ejus auctum sit: ut nihil mirum, si solutione locupletatus iterum petens exceptione summoveatur, cum etiam ultro adversus eum factum locupletiorum ex contractu negotiove gesto actio competat, l. 3. §. 4. l. 6. in pr. de neg. gest.

9. *Aut ex ea locupletior*] Locupletior factus intelligitur, si ex pecunia soluta rem aliquam sibi comparavit, quam etiam nunc habet, l. 4. de except. aut si ex quovis modo in rem ejus versa sit, l. 66. de solut. Hoc amplius, & si rem sibi necessariam ex nummis solutis pupillus emit, quam alioqui de suo empturus fuerat, licet ea ante litem contestatam perierit, quasi locupletior factus intelligitur: quia tantundem de suo perditurus erat, etiamsi nummos solutos non accepisset, l. 47. §. 1. de solut. Utrum autem pupillus locupletior factus sit, necne, in hujusmodi quæstionibus eo tempore regulariter spectatur, quo agitur, seu tempore litis contestatæ, d. l. 47. in pr. & §. 1.

10. Ex his autem quæ modo disputata sunt, recte dixit Accur-

Tt

sius

(1) L. 4. tit. 14. P. 5.

sus in l. 7. §. 2. de minorib. debitorum pupillarem solventem, triplicem posse consequi liberationem aut securitatem; plenam, plenioram, & plenissimam. Plenam, si pupillo sine tutoris aut Judicis auctoritate solverit, & pecunia pupillo iterum potenti salva sit, inve rem ejus versa, ut *hic* & *supra* dd. II. in quo effectum rei spectavit: nam vi ipsa debitor esse desinit, qui exceptionem perpetuam sibi quæsit, l. 108. de verb. sign. Plenioram, si solverit tutori ejusve auctoritate pupillo, non interveniente Judicis sententia: quo casu quidem liberatio ipso jure procedat, ita tamen, ut relinquatur adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, l. 1. C. si advers. sol. Plenissimam, si solutio facta sit auctoritate & decreto Judicis: quod cum factum est, etiam restitutionis metus omnino tollitur.

II Ex diverso, pupilli] Quem admodum pupillus mutuum dando non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis; ita eadem ratione nec solven-

do creditori suo quod debet, liberatur, pecuniamve facit creditoris.

12 Quid ergo si nummi, quos pupillus sine auctoritate tutoris credidit aut iam solutum dedit, casu apud eum qui accepit, perierint? utrius periculum & jactura erit? Donellus in d. l. 19. §. 1. Azonem secutus pupilli periculum esse putat: quoniam ita jus sit, ut res pereat suo domino, l. 6. l. 9. C. de pign. act. Sed recte cum Gloss. & DD. comm. Zas. *ibid.* num. 8. contrarium defendit, ne quod favore pupilli introductum est, ut ne credendo aut solvendo dominium transferat, in perniciem ejus vertatur, contra l. 6. C. de legib. & quod dicitur, casus fortuitos spectare dominum, hanc exceptionem habere intelligi debet, nisi quis propter favorem dominus remaneat, aut jure singulari dominium non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere: sed quoad cætera perinde habendum, ac si quis alius credidisset aut solvisset.

TITULUS NONUS.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

Cod. Lib. 4. Tit. 27.

I *H*ic titulus totius superioris disputationis quandam quasi ampliationem continet ostendens, non solum nobis

acquiri per nosmetipsos; verum etiam per alios. Personæ, per quas acquirendi facultatem habemus, enumerantur in principio; ex qua

TEXTUS.

De liberis in potestate.

I. *I*gitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus pecuniis) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset iis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum esset, alii filio, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocunque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est: & generali constitutione emissa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reservavimus. Sanxit enim a nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti acquiratur. Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filius familias acquisivit, hujus usumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat (1): ne, quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.

COMMENTARIUS.

I *E*xceptis castrensibus pecuniis] Peculium in genere nihil aliud est, quam: Quoddam quasi patrimonium, quod

Tr 2

ser-

enumeratione perspicuum est, eos, per quos nobis acquiratur, oportere nobis subjectos esse, vel revera, ut sunt liberi nostri, quos in potestate habemus; item servi, tum nostri, tum aliquatenus etiam alieni, in quibus usumfructum habemus: vel justa nostra opinione, ut sunt servi alieni & liberi homines, quos bona fide possidemus. De quibus singulis cum explicatum est, removetur hinc persona extranea, utpote per quam, excepta causa possessionis, nihil acquiri possit; ac postremo ab acquisitione rerum singularum transitur ad modos, quibus acquirimus res universas.

TEXTUS.

Summa.

*A*cquiritur vobis non solum per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habetis: item per servos, in quibus usumfructum habetis: item per homines liberos, & per servos alienos, quos bona fide possidetis: de quibus singulis diligentius dispiciamus.

COMMENTARIUS.

I *I*n potestate] Non dixit in dominio, sed generaliter in potestate, ut uno verbo & filiosfamil. & servos comprehenderet. Nam potestatis verbo, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium significatur, l. potestatis 215. de verb. signif.

(1) L. 5. tit. 17. P. 4.

servi & filii familias habent separatum a rationibus dominicis vel paternis. Florente Republ. peculium filii fam. uniusmodi fuit. Nam ut servus domino, ita filius patri cuncta pleno jure acquirebat: idemque plane jus & in corpus & in bona liberorum pater habebat, quod dominus in servos; & cujus rei inter alios testis locuples est Dionys. Halicarnassensis lib. 8. *Romani*, inquit, *propriam nihil possident, quandiu patres eorum in vita manent: sed & pecunie & corpora filiorum, parentum potestati arbitrioque permessa sunt; omniaque parentibus acquirunt quasi servi.* Verum Imperatores, ut proximo aliquo adolescentes ad militiæ labores invitarent, eorumque sibi conciliarent studia, castrense peculium filii fam. pleno jure concesserunt: primum militibus, postea etiam veteranis seu a militia dimissis; *infr. quib. non est perm. fac. test. in pr.* Ex quo filii fam. in hoc peculio jus ac vicem patrum fam. obtinere coeperunt, l. 2. de SC. Mac. idque significat Juvenalis *satyr.* 16. a vers. 52.

Nam quæ sunt parva labore Militiæ, placuit non esse in corpore census, Omnes tenet cujus regimen patris.

Igitur quod ait, *olim quidem &c.* excipiens peculia castrensia, id ad tempora Julii aut Augusti & sequentia referendum est, l. 1. de testam. milit. d. pr. *infr. quib. non est perm. fac. test.* Postremo, nec multo post, ad exem-

(1) L. 6. cum seqq. tit. 17. P. 4.

plum castrensium peculii etiam quasi castrense peculium exceptum, & filii fam. permissum est, §. ult. *infr. de milit. testam.* Plane hæcenus adhuc diu jus vetus patri conservatum fuit, ut si filius *in* status decessisset, bona castrensia pater jure peculii occuparet, l. 2. de *castr. pec.* de quo plura alibi.

2 *Sine ulla distinctione*] Profectitii scilicet vel adventitii peculii, proprietatis & ususfructus, inter quæ primus Justinianus est, qui differentiam generali lege introduxit. Ex his porro patet, quicquid filii fam. habet; sive concessione patris, sive partum suo labore, aut aliena liberalitate collatum, id uno nomine peculium filii fam. appellari; atque hoc docendi gratia ex ratione novi juris in duo genera posse dividi, ut dicamus, peculium filii fam. esse vel militare, vel paganum: & utriusque iterum duas esse species inferiores, illius nempe castrense & quasi castrense; hujus profectitium & adventitium. Castrense est: *Quod per occasionem armatæ militiæ filii fam. sibi acquisivit*, quo quid contineatur docent l. 11. de *castr. pec.* l. 1. C. eod. (1). Quasi castrense est: *Quod in toga operam Reipubl. navans filii fam. sibi paravit*; puta ex professione liberalium artium, ex officiorum publicorum emolumentis, ex patrociniis causarum, & urbana illa inermique militia; l. 4. l. 14. C. de *adv. div. judicior.* (2). Liberalitatem quoque a Principe in filium fam. collatam instar castrensium peculii haberi placuit, l. 7. C.

(2) Dd. ll. 6. & 7. tit. 17. P. 4.

de bon. que lib. in pot. Utrumque hoc genus ita proprium filii fam. esse placuit; ut de eo statuere possit non secus, ac si paterfamil. esset, d. pr. *infr. quib. non est perm. fac. testam.* l. 1. r. §. 15. de *collat.* (1). Profectitium peculium est: *Quod a patre; sive contemplatione patris ab aliis ad filium fam. proficiscitur* (2). Adventitium: *Quod nec a patre, nec contemplatione patris, sed aliunde filio fam. obvenit; sive id laboribus suis acquisivit extra causam armatæ aut togatæ militiæ, sive prospera fortuna ei accessit*, puta ex maternis maternive generis hereditatibus, lucris nuptialibus, legatis & hereditatibus amicorum, l. 6. C. de *bon. que lib. & hoc text. in fin.* (3). Illud totum patri secundum antiquam observationem adhuc acquiritur; hujus in universum proprietas filio data est constitutione Justiniani, solo usufructu patri relicto (4): de quo mox fusius.

3 *Alii filio, vel extraneo donare*] Consequens hoc omnino rationi antiqui juris. Nam cum utriusque hujus peculii pleno jure pater dominus esset, licere utique etiam ei debuit pro arbitrio de utroque statuere, & quod labore Titii filii acquisitum esset, Mævio donare, vel in proprias rationes convertere.

4 *Generali constitutione emissæ*] Cum olim bona omnia adventitia non minus, quam profectitia pleno jure patris essent, Constantinus detraxit bona materna; quorum usumfructum tantum patri;

filio proprietatem tribuit, l. 1. C. de *bonis matern.* l. 1. & l. 2. C. *Theod. eod.* Deinde alii Imp. idem de aliis bonis statuerunt; l. 6. cum *seq. C. Theod. eod.* l. 1. l. 4. C. de *bon. que lib.* Postremo Justinianus generali constitutione emissa, quancunque ex causa filio quid acquisitum esset, quod adventitio peculio attribueretur, id omne ejusdem juris esse voluit, l. 6. C. eod. tit.

5 *Si quid ex re patris, hoc secundum antiquam observationem*] In profectitio peculio nihil Justinianus mutavit: sed quicquid ex re patris filio obvenit, id totum vult patri acquiri secundum observationem juris antiqui. Plane potest nihilominus aliquid commodi ex concessione hujus peculii ad liberos redire: nam & emancipatos sequitur, nisi nominatim ademptum sit, l. 31. §. 2. de *don. & bonis patris publicatis*, separatur & conservatur liberis, l. 3. §. 4. *in fin. de minor.* Ait, *ex re patris, in d. l. 6. ex substantia patris.* Quid igitur dicemus, si quid filio obvenit, non quidem ex re aut substantia patris, sed patris occasione & contemplatione? DD. *hæc* & in *d. l. 6.* id quoque peculii profectitii esse volunt, arg. l. 21. cum *l. seq. de usufr.* ubi quod servus fructuario relinquitur aut donatur contemplatione fructuarii, id fructuario acquiri dicitur tanquam ex re ejus quæsitum.

6 *Usumfructum patri acquirat, dominium apud eum remanent*] Dominium posuit pro nuda proprietate, uti & in *d. l. 6.* Hæc

(1) Dd. ll. 6. & 7.

(2) L. 13. tit. 6. l. 5. tit. 17. P. 4.

(3) D. l. 13. d. l. 5. tit. 17. P. 4.

(4) D. l. 5. tit. 17. P. 4.

autem proprietatis concessio non tribuit filio jus eam sine patris consensu alienandi, *l. ult. §. 5. C. de bon. quæ lib.* Si ususfructus filio relictus sit, hic totus acquireretur patri: at eo mortuo redibit ad filium, *l. ult. C. de usufr.* Nonnuncquam & plena proprietas filio acquiritur: quod Justinianus primo introduxit in hereditate, quam filius renuente patre adisset, *d. l. ult. §. 1.* postea etiam in pluribus casibus: in rebus ea lege filio datis, ne ususfructus ad patrem perveniret: in hereditate fratris & sororis ad quam una cum filio pater admittitur: item in iis rebus, quæ filio deferuntur ob delictum patris, qui divortium fecit sine causa, *auth. Excipitur, & 2. seqq. C. de bon. quæ lib.* & tandem si pater dolose versatus sit in bonis filio restituendis, *l. 50. ff. ad SC. Trebel.*

TEXTUS.

De emancipatione liberorum.

2. Hoc quoque a nobis dispositum est & in ea specie, ubi parens emancipando liberos suos ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant, sibi tertiam partem retineat (si voluerat) licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum ex hac emancipatione dominio pro tertia parte defraudaretur: & quod honoris et ex emancipatione additum erat, quod sui

(1) *L. 15. tit. 18. P. 4.*

janis effectus esset, hoc per rerum diminutionem decresceret. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum, sed ususfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore summa fruetur, pro tertia, dimidia potiturus (1).

COMMENTARIUS.

I. **EX** rebus, quæ acquisitionem effugiebant] Id est, ex iis bonis adventitiis, quorum proprietates filio non patri acquirerentur ex Græcorum Imp. constitutionibus: quo in numero erant bona materna aliaque, de quibus in *l. 1. & l. 4. C. de bon. quæ lib.* ut notatum §. *præced. n. 4.* Cave igitur intelligas peculia castrensia aut quasi: nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuisse ipse Justinianus aperte testatur in *l. 6. §. 3. C. de bon. quæ lib.* unde hic §. descriptus.

2. Pro tertia parte dominii dimidiam ususfructus] Justiniano duriusculum visum fuit, liberos specie honoris tam gravem jacturam rerum suarum pati, ut tertiam earum partem parens manumissor auferret, sibi que pleno jure haberet, ut statuerat Constantinus in *l. 1. & seq. C. Theod. de bon. matern.* Neque tamen æquum putavit, nihil omnino remunerationis in vicem accepti beneficii liberos rependere. Quæ de causâ ipse sic statuit, ut pater pro tertia parte, quam ex prioribus constitutionibus de bonis filii mater-

nis & lucris nuptialibus pleno & perpetuo jure dominii retinebat, partem dimidiam non dominii, sed ususfructus consequeretur; idque locum haberet in cæteris quoque adventitiis, postquam hujus generis bona omnia ejusdem juris esse voluit. Ita factum, ut nec liberi quicquam de dominio rerum suarum amitterent, nec causam conquerendi haberent parentes, concessio iis pro præmio emancipationis, fructu tantæ partis bonorum.

3. Hoc autem ita obtinere Justinianus censuit, etiam si pater in emancipatione sibi hoc præmium non expresse reservaverit, *d. l. 6. §. 3. (1)*; cum tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris est, filium emancipatum sequatur tanquam a patre tacite donatum, si pater id non ademerit, *l. 31. §. 2. de donat.* Differentiæ rationem hanc affert Joann. Faber, quod præmium emancipationis est ex provisione legis, quæ patri prospexit in peculio, cujus ille adimendi potestatem non habebat: in peculio autem profectitio nihil opus fuit provisione legis: quandoquidem ipse pater pro arbitrio suo de eo statuere possit, & qui hoc ipso, quod non adimit, concedere id tacite intelligatur. Cui adde, quod peculii profectitii naturalis possessio penes filium est, adventitii penes patrem, utpote usufructuarium: itaque illud, si ademptum non sit, quasi ultro a patre relictum, & filio concess-

(1) *D. l. 15. tit. 18. Par. tit. 4.*

sum intelligi: in hoc autem, quod pater ipse detinet atque apud se habet, jus suum sibi servare vellet, beneficioque uti, nisi inter emancipandum juri suo renunciarit, vel donatione facta hoc abesse in liberos transtulerit, *d. l. 6. §. 3.*

TEXTUS.

De servis nostris.

3. Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, si ve quid stipulentur, si ve ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirant. Hoc enim vobis & ignorantibus, & invito obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si heres institutus sit, non alias nisi vestro jussu hereditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit, vobis hereditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi heredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non solum autem proprietates per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiruntur, sed etiam possessio. Cujuscunque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio, vel longi temporis possessio vobis accidit (2).

COMMENTARIUS.

DICTUM hactenus est, quantum per liberos nostros acquirimus: sequitur de

(2) *L. 7. tit. 21. P. 4. l. 3. tit. 29. P. 3.*

acquisitione per servos, in qua jus vetus per omnia servatur traditum a Cajo in *l. 10. §. 1. & deinceps de adq. rer. dom.* & huc translatum. Id tale est, ut quicquid servus acquirit, sive ex causa peculii (quod in persona servi unius generis est, nempe quod permissu domini separatim a rationibus dominicis habet, *l. 5. §. ult. de pecul.*), sive extra eam quacunque ex alia causa, id totum acquirit domino.

2 Ignorantibus & invito] *l. 32. de adq. rer. dom. l. 46. de jur. dot.* Hujus autem necessariæ acquisitionis non alia ratio quærenda, quam quæ hic, & apud Cajum *d. loc.* relata est: nimirum, quia ipse servus, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest (1). Fit ergo hæc acquisitio ipso jure, ratione scilicet potestatis, quæ facit, ut ne momento quidem aliquo res subsistere possit in persona ejus, qui in potestate est, & per quem acquiritur; sed protinus & necessario acquiritur ei, qui in potestate habet, domino vel patri (nam & filiasfam. qua talis huc pertinet, *l. 79. de adq. hered.*), quorum etiam vicem in acquirendo servus ac filiasfam. sustinent, & quibus cum hactenus unâ persona esse finguntur. Non obstat, quod dicitur, nolenti & invito beneficium non acquiri, *l. 19. §. 2. de don. l. 69. de div. reg. jur.* Non enim beneficium, sed iuris ratio facit, ut sic domino per servum acquiritur. Quod si dominus, id, quod sibi ita quæsitum est, habere nolit,

(1) *D. l. 3. vers. Esto.*

licet ei id repudiare aut abicere, 3 Sed si heres institutus sit, non alias nisi vestro jussu] Exceptio proxime præcedentis regulæ. Hereditas quidem & ipsa per servos nostros heredes institutos nobis acquiritur; cæterum non eodem modo, quo ex cæteris causis per eos acquirimus, ut etiam ignorantibus nobis & invitis acquiritur, sed volentibus duntaxat, & jubentibus, eos hereditatem adire (2). Quod si jussu nostro non expectato adierint, nihil agunt, *l. 25. §. 4. de adq. hered.* Hoc autem cur ita placuerit, minime obscurum est, ne scilicet in potestate servi esset, domini conditionem deteriorem facere, ignorantem eum obligando æri alieno hereditario, quod sæpe excedit vires patrimonii defuncti, *l. 6. d. tit.* Illud enim notandum est, eum, qui heres efficitur, non tantum acquirere, sed etiam obligari & implicari oneribus hereditariis.

4 Et convenienter nobis legatum] Convenienter non ei, quod proxime præcedit de acquisitione hereditatis, quæ hoc proprium habere dicta est, ut non acquiritur per servum sine jussu domini, sed regulæ initio positæ, quod nempe per servos nobis acquiritur ex omnibus causis. Si ex causis omnibus, igitur, & ex causa legati.

5 Non solum proprietatis, sed etiam possessionis] An possessio per servum nobis acquiritur, casu est, cur dubites. Hæc enim res non juris, sed facti est, *l. 1. §. 3. & 4. de adq. poss.* ea autem quæ

(2) *L. 13. tit. 6. P. 6.*

facti sunt, non transeunt ad dominum, sed in persona ipsius servi consistunt, *l. 44. de cond. & dem. §. 2. infr. de stip. serv.* ut proinde dicendum videatur, etiam possessionem in persona servi subsistere debere, nec domino per servum eam acquiri. Verum possessio non corporis tantum, & facti est, sed etiam juris, teste Papin. in *l. 49. §. 1. de adq. poss.* aut potius, ut idem Papin. in *prin. d. l.* hoc exprimit, ita facti est possessio, ut cum de ea acquirenda, retinenda aut transferenda agitur, plurimum ex jure mutuetur: inter quæ hoc etiam est, ut per eos nobis acquiritur possessio, per quos res cæteræ, utique si nostro nomine possessionem apprehendant (1).

6 In acquirenda autem per servum possessione, causa peculiaris ab aliis separanda, ut si quidem ex causa peculiari possessionem nactus sit, ea etiam ignorantia domino acquiritur; si extra causam peculii, non nisi scienti: quæ distinctio aperte proponitur in *l. 1. §. 5. l. 3. §. 12. l. 24. l. 44. §. 1. de adq. poss.* Sed & ratio diversitatis iisdem locis perspicue indicatur: nimirum cum ea possessionis conditio sit, ut non nisi animo & corpore acquiri possit, *d. l. 3. pr. (2)*; & licet corpore alieno, animo tamen non nisi nostro, nobisque volentibus, *d. l. 3. §. 12.* hunc animum nostrum in earum quidem rerum possessione, quas servi ex causa peculiari adipiscuntur

Tom. I.

(1) *L. 3. tit. 30. P. 3.*

(2) *L. 1. tit. 30. P. 3.*

quodammodo & in genere saltem concurrere, eosque quasi voluntate nostra intelligi possidere, eo quod peculium eos habere permittimus: in rebus autem non peculiaribus nullam omnino voluntatem domini acquisitionem antecedere, ac propterea ad possessionem in his causis acquirendam specialem domini voluntatem certamve scientiam necessariam esse, *d. l. 44. §. 1.* Sic igitur temperandum erit, sicubi simpliciter, quemadmodum hic scriptum legamus, per servos nobis acquiri possessionem, aut acquiri nobis ignorantibus, ut in *d. l. 34. §. ult. eod.* Gloss. tamen aliique etiam extra causam peculiarem, domino ignoranti possessionem per servum acquiri volunt.

7 Unde etiam per eos usucapio] Cajus *d. l. 10. §. 2.* hoc sic expressit: Unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis acquiritur (3). In peculiaribus rebus uti ignorantibus nobis possessio acquiritur, ita receptum est, ut etiam ignorantes ex eadem causa usucipiamus: cum alioqui possessio ignorantibus nobis quæsitæ, veluti per procuratorem ad usucapionem non prosit, nisi postquam scientia nostra intervenit, *l. 47. de usurp. & usucap. l. 1. C. de adq. poss.* quod plenius explicabimus sub *§. pen. hujus tit.*

Vv

(3) *L. 3. tit. 29. P. 3. vers. Impero.*

TEXTUS.

De fructuariis, & bona fide possessis.

4. De iis autem servis, in quibus tantummodo usumfructum habetis, ita placuit, ut quicquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur: quod vero extra eas causas consecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus heres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur (1).

COMMENTARIUS.

I Quæ de quærendo per servos dominio aut possessione dicta sunt §. præc. ea locum habent, cum quis plenum in servo proprietatem habet. Quod si apud alium ususfructus servi sit, apud alium nuda tantum proprietatis, hic ex duabus causis usufructuario per servum acquiritur, ex re scilicet fructuarii & servi operis, ex cæteris causis proprietario. Idemque juris servatur in eo, qui bona fide servit, ut ex iisdem causis acquirat bonæ fidei possessori, ex cæteris aut sibi, si liber est; aut domino, si servus: de quibus nunc porro sequitur.

2 Ex re vestra, vel ex operis suis] l. 10. §. 3. de adq. rer. dom. l. 21. de usufr. Ex re fructuarii, veluti si servus, cum fru-

(1) L. 23. tit. 31. P. 3.

ctuarius eum dispensatorem fecisset, rem aliquam ex nummis fructuarii comparavit, aut rem fructuarii locavit, pecuniam sceneravit &c. Hic enim res empta, merces locationis, usuræ pecuniæ creditæ quærentur fructuario, l. 1. C. de rei vind. l. 43. §. ult. de adq. rer. dom. Huc etiam pertinet, si quid donatum aut relictum fuerit servo fructuario, contemplatione fructuarii, l. 12. cum seq. de usufr. Quia vero aditio hereditatis, licet factum requirat, non est in opera servill, l. 45. de adq. vel omit. her. non acquiritur fructuario, l. 47. de adq. rer. dom. & hoc text. Ex operis servi, verbi gratia, si tutor sit, aut pictor, aut faber, atque ex hujusmodi aut simili opera alii præstita aliquid paravit, mercedem scilicet operæ, l. 26. de usufr.

TEXTUS.

5. Idem placet & de eo, qui a vobis bona fide possidetur, sive si liber sit, sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem placet & de bonæ fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor, quum usuceperit servum (quia eo modo dominus fit), ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest. Fructuarius vero usucapere non potest: primum quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi: deinde quia scit, servum alienum esse.

Non

Per quas personas cuique acquiritur.

Non solum autem proprietatis per eos servos, in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, aut per liberam personam, que bona fide vobis servit, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundum distinctionem, quam proxime exposuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

COMMENTARIUS.

I DE iis, quos bona fide possidemus, idem jus est, quod de servis fructuariis, ut scilicet qui bona fide alicui servit, sive servus alienus est, sive homo liber, quicquid ex re ejus, cui servit, acquirit, quicquid item ex operis suis, id acquirat ei, cui servit, & a quo bona fide possidetur, d. l. 10. §. 4. l. 19. de adq. rer. dom. Quod extra duas istas causas acquiritur, placet vel ad ipsum, qui bona fide possidetur pertinere, si liber est, vel ad dominum, si servus est.

2 Sed bonæ fidei possessor, quum usuceperit] Bonæ fidei possessor usucapione perfecti, quacunque ex causa per servum acquirit: quia usucapio pleno jure dominum eum facit. Hoc ad hominem liberum bona fide possessum non pertinet: quippe ejus nulla usucapio est.

3 Fructuarius usucapere non potest &c.] Ait cum Cajo in d. l. 10. §. ult. de adq. rer. dom. usufructuarius usucapere non posse (1); idque duplici de causa, tum quia non

possidet, tum propter malam fidem, quia scit, servum alienum esse. Horum autem vel alterutrum satis est ad impediendam usucapionem: utpote quæ nec sine possessione, nec sine bona fide possessoris putantis rem suam esse, procedere potest, ut demonstratum supr. tit. de usucapionib. Et de scientia quidem fructuarii res certa est: neque enim ignorare potest, se earum rerum, quarum usumfructum habet, dominum non esse. Quin ipse alium dominum agnoscit, cum se fructuarius profitetur.

4 Quod vero simpliciter negatur, fructuarius possidere, non est sine omni scrupulo. Nam alibi contra dicitur possessor & possidere, l. 5. in fin. pr. & §. ult. s. usufr. pet. (2), & naturaliter possidere, l. 12. de adq. poss. Sed hæc non sunt contraria: nam & colonus & commodatarius & depositarius naturaliter dicuntur possidere, l. 2. §. 1. pro her. l. 7. §. 11. com. div. qui tamen alibi possidere absolute negantur; ullamve habere possessionem, l. 33. §. 1. de usurp. & usuc. §. 5. infr. de interd. Nimirum nec hi, nec fructuarius vere possident, id est, non possident civiliter, animo dominantis, sine qua possessione non procedit usucapio. Sed in possessione sunt nomine alieno, apud quem possessio remanet, & qui per illos possidere intelligitur, d. §. 5. infr. de interd. l. 6. §. 2. de prec. Qui textus etiam in his terminis de fructuario loquitur: nec alia ratione dicitur retentio ususfructus

Vv 2

spe-

(1) L. 5. tit. 30. Part. 3. vers. Pero aquellos.

(2) D. l. 5. tit. 30. P. 3.

species esse traditionis, quam quod qui retinet usumfructum, desinat sibi, & incipiat alii possidere. Itaque cum hi naturaliter possidere aut possidere simpliciter dicuntur, impropria locutio est, qua corporalis tantum detentio significatur, *l. 49. de adq. poss.* Verum enimvero licet fructuarius non possideat, tamen quia firmiter jus habet insistendi rei, atque omne rei emolumentum ad eum pertinet, ea res efficit, ut interdicta ei possessoria accommodentur, quæ cæteris, qui in possessione sunt tantum, denegantur, *l. 3. §. 13. de vi & de vi arm. l. ult. uti possid.* De quo pluribus agere *hoc loco* non licet.

TEXTUS.

De reliquis personis.

6. *Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis: item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus, sed & ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum Divi Severi constitutionem: & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit: vel usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.*

(1) *L. 3. l. 6. tit. 30. P. 5.*

COMMENTARIUS.

1 **C**oncludit ab enumeratione personarum, per quas acquiri huc usque docuit, quasi ab enumeratione partium, per extraneam personam nihil nobis acquiri posse. Sed causa excipitur possessionis.

2 *Nihil acquiri posse*] Quas exceptiones hæc regula habeat in obligatione per extraneum acquirenda, videbimus in §. 4. *infra. de inut. stip.*

3 *Excepto eo, quod per liberam personam placet acquiri possessionem*] Excipit possessionem, quam placuit per quemlibet nobis acquiri, qui eam nostro nomine apprehenderit, id est, hoc animo, ut velit nostro nomine possidere, *l. 1. C. hoc tit. l. 1. C. de adq. poss.* (1). Qui locus etiam rationem suggerit, cur in possessione acquirenda singulariter hoc receptum sit; nimirum quia possessio acquiritur actu naturali & corporali rei apprehensione, in quo facilius alteri operam navare & ministerium præstare possumus, quam in iis, quæ civiliter acquiruntur citra istiusmodi actum, puta stipulando aut contrahendo, relictoque agnoscendo: & tamen hoc ipsum, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, propter utilitatem contra stricti juris rationem constitutionibus introductum videtur, *d. l. 1. & l. 8. de adq. possess.*

4 *Non solum scientibus, sed*

Per quas personas cuique acquiritur.

& ignorantibus] Etiam ignorantibus possessionem per procuratorem nobis acquiri, multis locis apertissime scriptum est, *l. 34. §. 1. l. 49. §. ult. de adq. poss. l. 1. C. eod.* Cui non obstat quod dicitur in *l. 53. de adq. rer. dom.* per quemlibet volentibus nobis possessionem acquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus posse acquiri possessionem, & non acquiri nisi volentibus. Ignorare possumus, quo tempore procurator noster possessionem apprehendat: quandocumque autem hoc fit, nostra fit voluntate, qui ut apprehenderet mandavimus.

5 *Et per possessionem dominium*] Ut possessio nobis per procuratorem acquiratur, sic & per possessionem dominium, si incipiat ab eo, qui dominus fuit & dominium in nos transferre voluit, *l. 20. §. ult. de adq. rer. dom.* Etenim admissio eo, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, necessarium hoc consequens fuit, ut & dominium quæreretur per possessionem prius quæsitam, si ea a rei domino transferendi dominii causa tradita esset. Fieri enim non potest, quin is, qui rem ex justa causa, hoc est, idonea ad transferendum dominium, traditam a domino possidere cœpit, dominus ejus rei status efficiatur.

6 *Vel usucapionem*] Id est, usucapiendi occasionem. Hoc enim perpetuum est, ut quo casu dominium statim acquiratur, si dominus sit, qui tradit dominii transferendi causa, eo casu acquiratur jus usucapionis, si dominus

non sit. Prætermissa autem *hoc loco* a Triboniano est insignis inter hos casus differentia. Nam si is, qui procuratori meo rem meo nomine tradidit, dominus fuit, etiam ignoranti mihi dominium acquiratur, *l. 13. de adq. rer. dom.* si non fuit dominus, usucapiendi conditio mihi non quæratur, nisi postquam scientia mea intervenerit, *l. 1. C. de adq. poss. l. 47. de usurp. & usucap.* Hoc ideo, quia eum, quem usucapere volumus, non sufficit possidere, nisi & possideat bona fide, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat. Excipe tamen causam peculiarem; in rebus enim peculiaribus receptum est ut etiam ignorantes usucapiamus, *d. l. 47. ut monuimus supra. §. 3. hoc tit.*

7 **I**N HISPANIA etiam obligatio per procuratorem acquiri, potest, *l. 2. tit. 16. lib. 5. Re. cop.* licet aliud jure veteri ob- tinebat ex *l. 7. tit. 11. P. 5.*

TEXTUS.

Transitio.

7. *Hactenus tantisper admisisse sufficiat, quemadmodum singule res vobis acquirantur: nam legatorum jus, quo & ipso singule res vobis acquiruntur: item fideicommissorum, ubi singule res vobis relinquuntur, oportunitus inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo heredes facti sitis, sive cujus bo-*

norum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis, vel si cuius bona libertatum conseroandorum causa vobis addita fuerint, ejus res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est: nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ ex testamento vobis obveniunt; qua in re necessarium est, initium de testamentis ordinandis exponere.

COMMENTARIUS.

I **E**xpositis modis, quibus jure civili acquiruntur res singulæ, transit Imperator ad eos modos, quibus eodem jure acquiruntur universæ, sive quibus acquirimus per universitatem. Hic autem spectandi modi ipsi & causæ acquirendi, non universitas acquisitionis: nam & legari & donari bonorum universitas potest, l. 26. §. 2. de legat. 1. l. 8. C. de revoc. donat. (1), potest & vendi, tot. tit. de hered. ven. Sed tituli hi nihilominus natura singulares sunt; hoc est, comparati duntaxat ad acquirendum res singulas: & ideo nec idem jus in universum acquirenti tribuunt, quod verbi causa hereditas, idque cernitur in actionibus directis tam activis, quam passivis, quæ per modos singulares non transeunt. Modi ipsi acquirendi soli universales sunt natura sua, ad quos nunc se Princeps confert.

2 Legatorum jus, item fideicommissi opportunius inferiore loco]

(1) Arg. l. 4. §. & 8. tit. 6. lib. 5. Recop.

Occupat & tacite removet quod objici poterat de perturbatione ordinis, quod scilicet in disputatione de acquisitione juris civilis rerum singularum non omnes acquirendi modos, qui eo pertinent, exequatur, quod lex methodi videbatur exigere, sed parte eorum præterita, ad aliud genus intempestive transeat: nam legata & fideicommissa non minus ad prius istud genus acquisitionis pertinere, quam usucapionem & donationem. Id ergo se non ignorare significat, & consulto tractationem de legatis & fideicommissis in alium locum rejecisse, eumque, qui longe sit opportunior: nam originem eorum, causam communem & exitum flagitare omnino, ut de iisdem tractetur cognito jure testamentorum, inf. de legat. in pr. cum testamento relinquuntur.

3 Per universitatem] Hoc est, quibus universim & una acquisitione acquirimus bona alicujus omnia, res omnes & jus universum alterius, non separatim res singulas. Ita enim paulo post Si cui ergo heredes facti sitis &c. ejus res omnes ad vos transeunt, & Cajus lib. 2. tit. 2. in pr. Per universitatem, ait, hoc est, simul omnia bona acquirimus hereditate, fac. l. 62. de div. reg. jur. Et quemadmodum actiones, quibus bonorum universitatem petimus obiecto appellamus universales, qualis est petitio hereditatis; quibus res singulas, qualis est rei vindicatio, singulares aut speciales, l. 1. l. 73. de rei vind. l. 15. C. de

de transact. ita & titulos, qui pertinent ad acquirendum per universitatem, id est, res alicujus universas, universales; qui ad res singulas, singulares dicimus. In summa universitas non est causa sive titulus, neque etiam modus acquirendi, sed illud ipsum quod acquiritur, veluti hereditas, quam sibi delatam acquirat heres adeundo, §. ult. infr. de her. qual.

4 Si cui ergo heredes facti &c.] Olim modi, quibus per universitatem acquiritur, complures erant. Septem enumerat D. Anton. Contius lib. 1. disp. cap. 12. Ex quibus antiquati, successio per bonorum debitoris venditionem, & ea, quæ fiebat per redactionem liberæ mulieris in servitutem ex Senatusconsulto Claudiano, infr. tit. de succ. subl. quæ fiebat per bon. vend. & ex Senatusconsulto Claud. Item in manum conventio seu coemptio, quæ itidem species erat successionis per universitatem. Nam olim cum mulier viro in manum convenisset, omnia, quæ mulieris erant, viri fiebant dotis nomine, teste M. Tullio in Topic. cap. 4. in quem locum de ritu coemptionis vid. Boët.

5 Soli manserunt hi quatuor, quorum idcirco etiam mentionem tantum facit Justinianus, susceptio hereditatis, bonorum possessionis agnitio, adrogatio, libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Annumeratur tamen his & successio fisci, bona damnatorum vel eorum qui sine herede moriuntur, occupantis, arg. l. 15. de interd. & rel. l. 1.

(1) Princ. tit. 13. P. 3.

& passim de jur. fisc. item ingressus monasterii. Nam Justin. nov. 5. cap. 5. unde anth. Ingressi C. de sacros. Eccles. constituit, ut universa bona religionem ingressi acquirantur monasterio, extra quam si liberos habeat, inter quos substantiam suam dividere non prohibetur, una saltem parte sibi retenta, in quam monasterium succedat. Cæterum neque fisci, neque monasterii successio simpliciter universalis est, qualis est heredis, bonorum possessoris &c. ut onera quoque agnosceri cogantur: licet enim teneantur respondere creditoribus, damnatum tamen nullum sentiunt, si bona non sufficiant. Ex quatuor autem modis per universitatem succedendi hic propositis, unus est, per quem succeditur viventis, scilicet adrogatio: per cæteros succeditur defuncto.

6 Vel ex testamento, vel ab intestato] Acquisitio hereditatis duabus hisce rebus constat, delatione & delatæ susceptione. Ex delatione est jus & titulus acquirendi, in susceptione modus. Et ideo non ante acquiri hereditas potest, quam cum delata est, l. 21. §. 2. de adq. hered. & retro delata esse intelligitur, quam quis potest adeundo consequi, l. 151. de verb. signif. Defertur autem hereditas aut testamento, aut lege ab intestato, l. 1. & 2. seqq. de hered. pet. (1): unde heredes alii testamentarii, alii legitimi: item hereditas testamentaria & legitima, l. 70. de adq. her. l. 6. §. 2. quæ in fraud. cred.

Quæ

7 *Quæ ex testamento obveniunt*] Ordinarium fuit ante de judiciis testantium, deinde de successione ab intestato loqui, ait Ulpian. *l. r. si tab. test. nul. ext.* nimirum quia prior semper ratio fuit hereditatis testamentariæ, quam legitimæ. Nam verbis legis duodecim tabularum, *ut quisque legasset suæ rei, ita jus esto*, sic confirmantur judicia testantium, ut quandiu hæc proferun-

tur, atque ex testamento adiri potest hereditas, ab intestato non deferatur, *l. 39. de acquir. hered.* Quoniam autem ad hoc ut testamento deferatur hereditas & acquiri possit, requiritur, ut testamentum justum sit, hoc est, secundum regulas & præcepta juris civilis ordinatum, ideo subjicit necessarium esse, expositionem ejus rei ab ordinatione testamentorum inchoare.

TITULUS DECIMUS.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Dig. Lib. 28. Tit. 1. Cod. Lib. 6. Tit. 23. novell. 66. & 119. cap. 9. (1).

I **N** calce præcedentis tituli dictum est, cum quaeritur de acquirenda hereditate, quæ dicatur testamento delata, in primis inspicendum esse, an testamentum valeat & rite ordinatum sit; eamque ob causam etiam initium hujus tractationis a doctrina de testamentis ordinandis, sive de ratione & modo testandi Imperatorem capere. Cæterum cum hæc doctrina ad omnium testamentorum non pertineat, sed ad paganorum duntaxat, & ex his ad ea, quæ fide privata ordinantur, quorum scriptorum alia forma sit, alia non scriptorum; ut omnis confusio vitetur, prius genera testamentorum ob-

iter secernemus, explicaturi deinde, quomodo singula fiant iis locis, ubi hoc tangit Imperator.

2 Testamentum in genere nihil aliud est, quam: *Ultima voluntas, qua quis heredem sibi, sive bonorum successorem deligit.* Et geminæ ejus sunt species: unum commune omnium civium Romanorum, quod *paganicum* appellatur; alterum proprium militum, quod ideo *militare*. Utroque rursus vel scriptum est, vel non scriptum seu nuncupativum, §. ult. *infra eod.* & §. 1. *tit. seq. (1).* Et commune sive paganicum iterum vel publica fide ordinatur, *l. 19. C. hoc tit.* vel fide privata. Cum autem sola paganorum testa-

(1) *Tit. 1. P. 6. & tit. 4. lib. 5. Recopil.*

(2) *L. 1. tit. 1. P. 6. vers. E. son, l. 1. cum seq. tit. 4. lib. 5. Recop.*

menta, quæ quidem fide privata sunt, adstricta sint legibus, quæ ad solemnitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus soluta, sciendum est, nihil eorum, quæ de iis in conficiendo testamento observandis *hoc loco*, & passim aliis ejusdem argumenti simpliciter traduntur, ad militaria testamenta pertinere; adeoque in toto jure cum simpliciter testamentum nominatur, commune sive paganicum intelligi. Paganorum testamenta ut recte fiant, & jure civili rata sint, in hisce tribus positum est: in persona testantis: in forma testandi & modo: in rebus, quas testamentum necessario complecti debet. Quod Cajus *l. 4. hoc tit.* sic expressit: *Si queramus, inquit, an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus, an is, qui fecerit testamentum habuerit testamenti factionem: deinde si habuerit, requiremus, an secundum regulas juris civilis testatus sit.* Regulae vero istæ pertinent vel ad modum testandi, vel ad res, quas testamento, ut valeat, complecti necesse est. Atque hæc omnia etiam a Justiniano ordine tractantur: verum orditur ille a testandi modo. De personis testantium agit secundo loco, *infra tit. 12.* de rebus, quarum insertio ad vim testamenti necessaria, *tit. 13. & 14.* Recenset hic primum historię causa antiquas atque obsoletas testandi formas: deinde explicat, quo ritu postea testamenta fieri cœperint, primum per scripturam, deinde sine scriptura, voluntate palam nuncupata. Ca-

Tom I.

(1) *L. 5. tit. 1. P. 6.*

terum hæc omnia pertinent ad ea testamenta, quæ fiunt fide privata. Publica autem fide si quis testari velit (quod *hic* a Justiniano omissum) poterit id facere vel coram Principe per supplicationem, vel apud acta Judicis aut Municipum; & tunc neque testes, neque alia solemnitas desideratur, *l. 19. C. hoc tit. & ibi Gloss. & DD. (1).*

TEXTUS.

Etymologia.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit (2).

COMMENTARIUS.

I **Q**uod *testatio mentis sit*] Allusione quadam etymologica ostendit rei, & vocis convenientiam, imitatus S. Sulpitium, qui quo efficacius vim rei exprimeret, testamentum dixit esse verbum duplex; compositum a contestatione mentis. Estque hujusmodi allusiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris: in jocis venustas delectat: in rebus seriis etiam utilitate sua, quam in re declaranda habet, commendabilis: qualis est illa Cicero-
nis, qui *lib. 1. de offic. cap. 6. fidem ex eo appellatam*, scribit, *quia fiat, quod dictum est.* Item illa Augustini, quod *mentiri inde dictum, quod sit contra mentem ire.* Similis est illa apud Priscianum: *argumentatio diſſa est, quasi arguta mentis oratio.* Apud nostros etiam crebro id genus oc-

Xx

(2) *D. l. 1. tit. 1. P. 6.*

currit. Talis est illa Pauli & Labronis, qui possessionem appellatam scribunt a sedium positione, l. 1. in pr. de adq. poss. Et Ulpiani, qui ait, novationem nomen accepisse a nova obligatione, l. 1. de novat. Ejusdem generis inveniuntur & in l. 3. de damn. inf. l. 2. §. 2. de reb. cred. Nec absimilis est illa Celsi dicentis, jus a justitia appellatum esse, l. 1. in pr. de just. & jur. Hæc autem & his similia, icet non dicantur ex vero, speciosam tamen veri arguendi vim habent, sicuti exempla & comparationes fictæ non minus arguunt, quam veræ.

2 Descriptionem testamenti habemus apud Modestinum l. 1. hos tit. Testamentum, inquit, est: *Voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* Si justam sententiam accipimus solèmnem aut plenam, hoc est, integram & de omnibus bonis (utraque enim significatio huic verbo convenit), hæc nota satis removebuntur codicilli: Similem descriptionem habemus apud Ulpian. in frag. tit. 20. Perfectissima autem erit definitio, si ita dicamus: *Testamentum est: Suprema contestatio in id solèmniter facta, ut quem volumus, post mortem nostram habeamus heredem.* Nam legata ad testamenti substantiam non pertinent, l. 1. §. 3. de hered. instit. Sunt autem hæc definitiones conceptæ de his testamentis duntaxat, quæ fiunt jure communi omnium civium Romanorum: ad ea quæ fiunt jure proprio & singulari, qualia sunt militum, de quibus

tit. seq. & quorundam etiam paganorum, de quibus nos obiter ad §. 4. num. 2. infr. hoc tit. non pertinent.

3 Quæri hoc loco solet, cui juri adscribenda sit testamenti factio, utrum juri gentium, an civili. Dicendum est, si generaliter, simpliciter & indefinire usus testamentorum consideretur, eum esse ex jure gentium; si specialiter & definite, ex jure civili. Neque aliud Interpp. sentiunt, cum originem testamentorum ad jus gentium referunt, formam ad jus civile: formam nimirum propriam & modum testandi peculiarem jusque Reipub. Breviter, ut liceat morituris disponere de rebus suis, ex jure gentium est; ut non aliter liceat, quam hoc, vel illo modo, ex jure civili. Hujus rei non leve argumentum est, licet a posteriori concludat, quod apud omnes fere gentes in usu testamenta fuerunt, sive jus cavendi de eo quod quis post mortem suam fieri vellet. Philosophorum suprema aliquot voluntates refert Diog. Laërtius in vitis Philosoph. Isaias Propheta annunciat Ezechie regi Judæ, ut domui suæ præcipiat, quasi mox morituro, 4^{ta} Reg. 20. & Tacitus de Germanis ut singulare aliquid notat, quod nullum apud eos testamentum esset, lib. de morib. German. cap. 20. & secundum hæc ad populum Constantinus: *Nihil est, inquit, quod magis hominibus debeatur, quam ut suprema voluntatis (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stylus, & licitum, quod iterum non*

redit arbitrium, l. 1. C. de sacros. Eccles.

4 Reperiuntur tamen, qui testamenti factionem toto suo genere juris mere civilis esse contendunt, ac ne illud quidem nobis concedunt, quod dicimus, rem ipsam simpliciter & per se consideratam esse juris gentium. Negant, rationi & simplicitati juris gentium convenire, ut quis disponat de re non sua; id autem eum facere ajunt, qui disponit in id tempus, quo dominus esse desinit. Sed assumptio hæc falsa est. Non enim de re aliena, sed sua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus est, testator disponit, & quid fieri velit, ordinat: licet executionem voluntatis in tempus mortis suæ suspendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, quam si quis bona sua omnia alicui donaret ea lege, ut ipse, quoad vivat, usum possessionemque eorum retineat. Nam, ut recte docet D. Grotius lib. 2. de jur. bel. & pac. cap. 6. num. 14. testamentum vi ipsa nihil aliud est, quam alienatio in mortis eventum ante eam revocabilis, retento interim jure possidendi, ac fruendi. Ex eo quoque quod successio, quæ jure sanguinis ab intestato defertur, revera ex jure communi est, male colligas, alienum esse a ratione ejusdem juris ultima voluntate de bonis suis cavere. Etenim ne illo quidem jure putandum est, defuncti bona simpliciter addici proximis, sed in defectum supremae voluntatis ejus, qui dominus fuit, arg. §. 40. sup. de rer. div. d. l. 1. C. de sacros.

Eccles. quem naturæ legis ordinem etiam in deferenda hereditate lex xxi. Tab. secuta est.

TEXTUS.

De antiquis modis testandi civilibus.

1. *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse: quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant; altero, cum in prælium exituri essent, quod procinctuum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per æs & libram: scilicet, quod per emancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus, & libripende, civibus Romanis puberibus presentibus, & eo, qui familiae emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod vero per æs & libram fiebat, licet diutius permanserit, attamen partim, & hoc in usu esse desit.*

COMMENTARIUS.

1. *SED UT, nihil antiquitatis.]* Hujus rei testem habemus etiam Aulum Gellium, qui lib. 15. noct. Attic. cap. 27. sic scribit: *Tria genera testamentorum fuisse accepimus: unum quod calatis comitiis in concione populi fieret; alterum in procinctu, cum*

virī ad prælium faciendum in aciem vocabantur: tertium per familiam emancipationem, cui æs, & libra adhiberetur. Idem quoque tradit Ulpian. in fragm. tit. 20.

2 *Quod calatis comitiis appellabant*] Testamentum quò Romani utebantur in pace, calatis comitiis fiebat. Patet ex scriptis veterum, maxime Cicronis, Livii, & Dionysii Halicarnassensis, tria fuisse, eaque diversa comitorum genera: curiata, centuriata, & tributa: quorum antiquissima curiata. Antiquitatis studiosi adeant Gellium loco citato, atque Nicol. Græch. & Carol. Sigonium, qui de comitiis Romanorum scripserunt ex professo. De eis agit etiam Gravina lib. 1. orig. jur. civ. cap. 28. Hic annotare sufficit per *calata comitia*, de quibus in *textu*, intelligi curiata: quia alias non potuissent Quirites in urbe testari usque ad tempora Servii Tullii VI. Romanorum Regis, a quo instituta fuerunt secunda seu centuriata.

3 *Quod procinctum dicebatur*] Alterum testamenti genus antiquitus usurpatum, cum ad pugnam ituri essent, incerti an essent redituri, *procinctum* appellatum esse ait: pro quo malim in *procinctu*, nam testamentum inepte *procinctum* dixeris; licet Theophilus quoque *procinctum* legat, ut verisimile sit, ita Tribonianum scripsisse. At enim veteres ita locuti non sunt, ut hoc epitheton ipsi testamento apponerent; sed *procinctum militem, procinctum exercitum, procinctam classem* dicebant, id est, multitudinem hominum ad prælium in-

structam & paratam; eo quod togis incincti olim pugnabant, quo expeditiores essent, teste Festo. Hinc *procinctus*, pro *exercitus*. Ammian. lib. 18. *procinctus adventans*.

4 *Quod dicebatur per æs & libram*] Ut scribit Theophilus, inanspieatum veteribus visum fuit, sano & valente corpore testamentum facere velle, extra quam si præsens periculum foret, veluti si in hostem pugnandum esset, aut comitia testamenti faciendis ex professo haberentur: quod bis tantum in anno, si eidem Theophilo credimus, fiebat. Sed cum hinc eveniret, ut ne ægrotantibus quidem semper libera esset testamenti factio, nec feminæ quibuscum nulla comitorum communio erat, teste Gellio lib. 5. cap. 19. ulla ratione testari possent; excogitata postea est tertia testandi ratio, secundum quam, & quovis loco ac tempore, & feminis etiam suprèma iudicia ordinare liceret. Hic modus testandi per *æs & libram* dictus, quia per emancipationem, in qua æs & libra adhibebatur, fiebat: unde heres per *æs & libram* apud Ciceronem, 2. *de legib.* Et sciendum est, Romanos primis temporibus æri gravi atque argento rudi, non signato usos fuisse pro pecunia, atque hæc appendere, non numerare solitos: signata pecunia argentea demum post Pyrrhum Regem devictum uti coepisse, eamque numerare, auctore Plinio lib. 33. cap. 3. Verba tamen vetera etiam postea retenta sunt, ut *pendo*, *appendo*, *expendo*, *nominæque ab his deriv-*

vata; & imago quædam vetustioris in venditione, atque alienatione rerum Mancipi, quæ uno verbo *mancipatio* dicitur (Cicero in *Top. cap. 10. traditionem nexu* vocat, propterea quod hæc emancipationem sequebatur) nimirum ut is, in quem hæc res transferebantur, eas emeret a domino ære & libra, appenso ei, dicis causa, nummo uno. Atque hoc modo plenissimo & optimo jure dominium in accipientem transferebatur, pleno scilicet jure Quiritium; cum alioqui bonitarium duntaxat transiret.

5 Aderant præter libripendem quinque testes, cives Romani, puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur, vide Ulpian. *tit. 1. §. 11. & tit. 19. §. 2. & Boëtium in Top. Cicer. lib. 3.* apud quem etiam extat mancipationis formula. *Is*, inquit, *qui mancipio accipit æs tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra. Deinde ære percutit libram, indeque æs ei dat, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.* Ita recte eum locum emendat Salmas. *lib. de us. cap. 8.* Traductum hoc postea, & ad translationes universitatis bonorum, ut futurus successor familiam, id est, universam substantiam testatoris emeret, quo post mortem ejus hæc tanquam justo titulo bona possidere intellexeretur.

6 *Quod vero per æs & libram &c.*] Priora illa duo testamentorum genera jam diu exoleverant, cum per æs & libram adhuc frequentaretur, Ulp. in *fragm.*

tit. 20. §. 8. scribit, suo tempore id solum in usu fuisse, nimirum ex testamentis, quæ ad jus civile pertinebant, scilicet prioribus illis duobus abolitis: nam secundum formam a Præatore introductam, & juris mixti, eo tempore testamenta quoque fieri solita, multis auctoritatibus doceri potest, *l. 22. §. 4. l. pen. hoc tit. cum similib.* & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit testamentorum obsignatorum. Ait, *partim & hoc in usu esse desit.* An hoc ideo dicit, quia familiæ emptor postea alius esse cepit ab herede, cum primis temporibus idem esset, ut bis testatur Theophilus *hoc loco?* Sed hoc factum jam olim, & stante adhuc Republ. Arbitror Justinianum hoc significare voluisse, cum in testamento, quod per æs & libram fiebat, duæ res antea agerentur, familiæ mancipatio & nuncupatio testamenti, solemnitatem familiæ mancipandæ paulatim exolevisse: solum alterum, nuncupationem scilicet testamenti, sive solemnem voluntatis contestationem, & quodammodo numerum testium usque ad sua tempora mansisse, sicut apparet ex mixta testandi forma, qua posteritas uti coepit, §. 3. *infr. eod.* quo loco hoc innuit ipse Justinian.

TEXTUS.

De testandi ratione prætorica.

2. *Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edito*

Et Prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure etenim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant: cum jure civili signa testium non essent necessaria.

COMMENTARIUS.

I *AD jus civile referebantur*] Opponitur hoc loco jus civile prætorio: quod cum fit, cæteras partes juris civilis intelligere debemus, quæ scilicet ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum veniunt, l. 7. de just. & jur. Cætera clara sunt.

TEXTUS.

De conjunctione juris civilis, & prætorii.

3. *Sed cum paulatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus cœpit in unam consonantiam jus civile, & prætorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis, & subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, & ex edicto Prætoris signacula testamentis imponerentur; ita ut hoc jus tripartitum esse videatur: & testes quidem, & eorum præsentia, uno contextu, testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant: subscriptiones autem testatoris, & testium ex sacra-*

rum constitutionum observatione adhibeantur: singula autem, & testium numerus ex edicto Prætoris.

COMMENTARIUS.

I *Tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus*] Sensus est, cum duo essent simplicia testamentorum genera, unum civile, alterum prætorium, usu hominum jus civile cum prætorio hac in parte coaluisse, atque inde mixtum extitisse testamenti genus, ex utroque illo jure collectum, quod & constitutionibus postea probatum sit; addito, ut testator & testes omnes subscriberent: ut adeo forma conficiendi per scripturam testamenti, qua posterior ætas uti cœpit, quamque Justinianus hic describit, ex triplici jure conflata sit: ex jure civili antiquo, ex novo constitutionum principalium, atque ex jure honorario. Per hoc tamen non statim antiquata fuit civilis ratio testandi per æs & libram, Ulpian. tit. 20. §. 8. neque prætorii testamenti vis aut usus sublatus: de quo sub §. 6. *infr. quib. mod. test. infr.*

2. *Uno eodemque tempore*] Hæc subtilitas ex jure civili est: Est enim ex jure civili, quod actus solemnes & legitimi continui esse debent, & uno contextu absolvi, l. continuus 137. de verb. oblig. Ait autem, quod jus civile quodammodo exigebat: Quodammodo, id est, fere. Additum, quia ait, septem testibus adhibitis. Nam jus civile quinque tantum exigebat, reliqui duo pro liber-

De testamentis ordinandis.

pende & antestato a Prætoribus substituti: & ideo paulo post juri civili adscribit duntaxat actus continuitatem, & testium præsentiam; numerum testium juri prætorio. Illud notandum est, numerum istum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis testamenti, sive cum de substantialibus, ut loquuntur, testamenti questio est: non autem ubi quod obscurius in testamento dictum scriptumve, post solemnia testator explanat; veluti si cum Titio centum legasset & multos Titios amicos haberet, postea declaraverit, de quo senserit, l. 21. §. 1. *hoc tit.*

3. *Subscriptione testium*] Et testatoris, ut mox. Ita enim constitutum a Theodosio l. 21. C. eod. additumque, si testator litteras ignoret vel subscribere nequeat, octavam ut subscriptorem adhibeat. Cæterum ex constitutione Justiniani, si testator propria manu totum testamentum conscripserit, idque se fecisse in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium ejus nomine subscribere, l. 28. §. 1. C. eod.

4. *Et testes quidem, & eorum præsentia*] Non est autem satis corpore testes præsentem esse, nisi & animo sint, intelligantque voluntatem testatoris. Neque tamen sermonis intelligentiam requirimus, sed placet sufficere, si vel sensu quis percipiat, cui rei adhibitus sit. Enimvero durare testes debent, donec suprema contestatio peragitur: invitos tamen retinere non licet: & si retenti

sint, testamentum non subsistit, l. 20. §. antepen. & ult. eod. Ad hæc, rogati adesse debent, aut saltem si alterius rei causa collecti sint, ante testimonium certiorari, se ad testamentum adhiberi, l. 21. §. pen. eod. l. 21. C. eod. Hoc amplius, & in conspectu testatoris, testimonii officio fungi necesse est, l. 9. C. eod. Quapropter non est satis, ut quidam traderent, testes oculatos esse, si testatorem ipsi non videant, forte velo aut cortina interjecta conspectum adimente, licet vocem ejus audiant: sed necesse est, ut faciem ejus videant, ne qua fraus fiat, alio forte subornato, qui vocem testatoris imitando simulet.

5. *Uno contextu*] Uno eodemque die ac tempore, l. 21. C. hoc tit. nulloque actu ab instituto negotio alieno interveniente, l. 21. §. ult. hoc tit. d. l. 21. C. eod. nisi forte talis sit actus, quem ratio morbi testatoris, vel necessitas naturæ efflagitet etiam in testibus: quod pluribus explicat Justinianus in l. 28. C. eod. (1), ut tamen si quid supervenerit, ob quod aliquis e testibus diutius abesse cogatur, alius testis substitui debeat, d. l. 28. Cæterum hæc non eo pertinent, ut testator teneatur eodem tempore, & testes adhibere & testamentum scribere vel dictare ac finire: sed ad nuncupationem testamenti, sive ipsam testationem & declarationem voluntatis, cum scilicet testamentum subscribendum & obsignandum testibus in eam rem adhibitis offer-

(1) L. 3. tit. 1. P. 6.

tur: nam quin alio tempore testamentum conscribere & scriptio- nem sæpius interrompere; alio ve- rò testes ad solemnia adhibere pos- sit, non ambigitur, *d. l. 21. C. hoc tit.*

6 Cum igitur uno actus con- textu testari oporteat, negotioque alieno aut ad testamentum non pertinente interposito, actus ille interrumpatur, vitieturque testa- mentum; hinc facile colligere est, quid judicandum sit de quæstione, quæ vulgo moveri solet, an con- tractus celebrari inter testandum possint. Nam si contractus est a- ctus extraneus & alienus a testa- mento, uti revera est; necesse est, actum testandi celebratione con- tractus interrumpi: veluti si testa- tor, cum jam cœpisset ordinare testamentum & necdum absolvisset, fundum aut rem aliam Titio vendere aut locare instituat. Non obstat igitur, quod testamento li- bertum assignare licet, *l. 1. §. 3. de assign. libert.* Siquidem assigna- tio liberti, licet proprie neque le- gatum sit, neque fideicommissum, *l. 7. d. tit. vim tamen legati ha- bet, dum jus patronatus quod a- lioqui commune futurum erat, uni in solidum relinquatur. Sic pigno- ris, l. 26. de pign. act. usufructus, §. 1. sup. de usufr. servitutum, §. ult. supr. de servit. præd. testamento constitutio, contractus non est.*

7, IN HISPANIA rogatio te- stium neque necessaria est in testa- mento nuncupativo, neque in scripto, quia *ll. 1. & 2. tit. 4. lib. 5. Recop.* quæ illorum sole- mnitates recensent, rogationis non meminerunt. Vide Gomez, in *l. 3. Tauri* (quæ eadem est

, cum *d. l. 2.*) num. 29. cum Ma- tienzo, qui late hanc sententiam defendit in *l. 1. gloss. 2. n. 3.* & *gloss. 8. tit. 4. lib. 5. Recop.* Correctæ igitur sunt *l. 1. tit. 1. P. 6.* & aliæ ejusdem Codicis, *Paritarum*, quæ rogationem videntur desiderare.

TEXTUS.

Solemnitas addita a Justi- niano.

4. *Sed his omnibus a nostra constitutione propter testamento- rum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris vel testium, nomen heredis exprimatur, & omnia secundum illius constitutio- nis tenorem procedant.*

COMMENTARIUS.

I Quod hic de suo Justinia- nus adhibuit, iterum dempsit ac remisit *nov. 119. cap. 9.* ut jam summa solemnitatis in testa- mento scripto requisitæ iterum ad ea redeat, quæ comprehensa sunt §. præc. & apertius paulo con- stituitio Theodosii in *l. 21. C. eod.*

2 Ex hac tamen solemnitate aliquid remissum est in quatuor testamentorum generibus. Primò: In testamento parentum inter li- beros: siquidem hujusmodi volun- tatem etiam ex testamento imper- fecto valere placuit, *d. l. 21. §. 1. C. hoc tit.* & nuncupata quidem parentis voluntas omnimodo rati est, dum de ea constet, ut de cæ- teris rebus, id est, saltem duobus testibus: scripto autem declarata,

si & tempus testamenti facti, & nomina liberorum, & uncias, & res, quas inter liberos distributas velit, expresserit; idque clare & plenis litteris, non notis aut signis; debetque parens, aut ipse hæc scribere, aut saltem manu sua subscribere, *nov. 107. unde au- thent. Quod sine C. eod.* Secundo: In testamentis rusticianorum, qui- bus permissum quinque testes ad- hibere, si plures non reperiantur: remissæ item subscriptiones, si litterati desint, *l. ult. C. eod.* Ter- tio: In testamento quoque tem- pore pestis facto de solemnni nu- mero testium quid remitteadum censent Interpretes, quod quidem rationem habet, utique si pestis sit vehemens, & testator ipse eo morbo laboret, *Clar. §. testamen- tum, quæst. 56. num. 3.* At jure nostro hoc tantum remissum hoc casu videtur, ut non necesse sit testes septem simul jungi, junctos- que eodem tempore subscribere & signare, *l. 8. C. hoc tit.*

3 In universum autem jure ca- nonico, ut ratum sit quodlibet testamentum, sufficit duos testes cum Parocho adhibuisse, *cap. cum esses 10. §. eod.* Neque enim pot- est hic canon restringi ad testa- menta ad pias causas: quod qui- dam faciunt propter *cap. rela- tum 11. eod.* Nam in *d. cap. cum esses*, Alexander III. id in omni testamento generaliter constituit, nominatim improbata constitutio- ne juris civilis de septem testibus adhibendis, ut nimis longe rece- dente ab eo, quod scriptum est: *In ore duorum vel trium testium stat omne verbum.* Et licet non-

nulli existiment causam nullam fuisse, cur Pontifex, id quod be- ne, ut ajunt, ad fraudes homi- num avertendas, *l. ult. C. de fi- deic.* jure civili constitutum fuit, mutaret: tamen constitutionem Pontificiam usus plerimum gentium probavit: qui & alias ægre pati- tur nimis se longe abduci a sim- plicitate juris naturæ.

4, IN HISPANIA, si testamen- tum in scriptis fiat (apud nos, *cerrado* dicitur), septem quo- que testes cum Tabellione adhi- bendi sunt, qui omnes & testa- tor supra scripturam debent sub- scribere: quod si aliqui nescie- rint, vel testator non potuerit, cæteros loco eorum subscribere, necesse est, ita ut octo subscri- ptiones, & sigillum Tabellionis, inveniantur: & aliter testamen- tum factum neque in judicio, ne- que extra illud ullam meretur fi- dem, *l. 2. tit. 4. lib. 5. Recop.* (*18. Tauri*). In testamentis ta- men rusticianorum, si in loco, domicilii testantis reperiri ne- queant septem testes, qui scri- bere sciant, sufficient quinque, *l. 6. tit. 1. P. 6.* quæ in hoc non videtur correctæ per *d. l. 2. Re- cop.* Vide Lopez in *gloss. 1. d. l. 6.* De testamento autem nun- cupativo in §. 14. *infr.* loquendi erit locus: ubi & de testamento, tempore pestis facto, & de pa- rentum inter liberos dicemus.

TEXTUS.

De annulis signatoriis.

5. *Possunt autem omnes te- stes*

stes & uno annulo signare testamentum: quid enim si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed & alieno quoque annulo licet signare testamentum.

- 1 **H**ujus §. superflua est explicatio.
- 2, **I**N HISPANIA, cum testium signatio non sit necessaria, de annuli signatura disputare, prorsus inutile & super vacuum: quod & ubique hodie fere obtinet.

TEXTUS.

Qui testes esse possunt.

6. *Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est, neque ii, quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi (1).*

COMMENTARIUS.

1. **N**on satis est, septem testes ad testamentum adhibitos esse: etiam conditionem cujusque inspicere, & non nisi idoneos admitti placuit. Et recte: quippe cum fides testationis non tam firmeretur numero testium, quam auctoritate, per l. 3. §. 2. & 3. de testib. Estque fere tota hæc tractatio de habilitate testium nuncupativo testamento cum scripto seu mystico communis.

(1) L. 9. tit. 1. P. 6.

2 **C**um quibus testamenti factio est] Hæc communis nota est testium habilitatis, si sit cum iis testamenti factio, id est, si heredes institui aut ex alieno testamento vel sibi, vel alii acquirere possunt. Nam quatenus quis jus habet faciendi testamenti, non recte dixeris esse tibi cum eo testamenti factionem, ut bene recentiores notant. Et proprie item loquitur Imperator, cum dicit: *Cum quibus testamenti factio est*, non qui testamenti factionem habent: siquidem testamenti factio activæ significationis est, ut proprie dicitur testamenti factionem habere, qui faciendi facultatem habet, l. 3. l. 4. l. 18. l. 19. hoc tit. At qui ipsi testamentum facere non possunt, sed tantum ex testamento capere, cum iis rectius dicitur esse vel haberi testamenti factio, ut in §. 24. infr. de legat. l. 31. l. 49. §. 1. de her. inst. quam eos habere testamenti factionem. Quamquam hæc verborum proprietas perpetuo non observatur, ut videre est in l. 16. hoc tit. §. 4. infr. de her. qual. quibus in locis testamenti factionem habere dicuntur etiam illi, qui tantum capere ex testamento possunt. Unde factum, ut docendi gratia, Interpretes testamenti factionem distinxerint in activam & passivam.

3 *Sed neque mulier, neque impubes &c.*] Enumeratio personarum quæ varias ob causas in testamento testes esse prohibentur, & quidem simpliciter in testamento cujusvis, licet cum ipsis sit testamenti factio. Ratio cur mulier

lier hic testis non admittatur, cum alias jus dicendi testimonii habeat, l. 20. §. 6. hoc tit. l. 18. de testib. partim ducit originem a jure comitiorum, in quibus olim testamenta fiebant, quorumque nulla cum feminis erat communitio, ut in §. 1. supra diximus; partimque statutum est, quia sexus femininus non satis sagax creditur ad odorandas fraudes, quæ in condendis testamentis strui solent.

4 **I**mpubes testis non admittitur, propter imperfectum animi iudicium: quam ob causam nec aliis in negotiis testimonium ejus recipitur, l. 19. §. 1. de testib. In causa autem testamenti hoc speciale esse existimatur, quod nec pubes factus testimonium pro testamento dicere possit, ad quod impubes adhibitus fuit, cum in aliis causis testimonii dictionem habeat post pubertatem de his, quæ impubes vidit: utique si testetur de iis, quæ verisimiliter ab impuberibus capi possunt, & quæ vidit, cum jam esset pubertati proximus. Servum excludit conditio personæ, quia nullam juris civilis communionem habet, d. l. 20. §. 7. quæ ratio etiam peregrinos removet, l. 17. §. 1. de pen. Furiosus nihil intelligit: cæterum si remissionem habet, poterit eo tempore adhiberi, d. l. 20. §. 4. Mutus pro testimonio, quid actum sit, eloqui non potest. Surdus quid dicatur sensu non percipit: imo nec moneri potest, quid testator acturus sit; plurimumque qui surdus, idem & mutus. Testes autem in dicendo testimonio interrogandi, per l. 1. de testam. quem. aper. nec te-

stimonii, sed testibus credendum, l. 3. §. 2. de testib. Hinc etiam intelligitur, cur potius, quam surdus, admittatur qui sermonem testatoris non intelligit: nimirum quia hic alia lingua moneri potest, cui rei adhibeatur, & ipse testimonium dicere: singula enim percipere nihil necesse est, d. l. 20. §. pen. utique cum testamentum per scripturam fit. Nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribusque & sermone testium permittitur. De cæco nihil traditum: sed non posse eum adhiberi, dicendum, quoniam testatorem videre non potest, quod in omni testamento requiritur, l. 9. C. eod. nec si gnum recognoscere, quod in scripto, l. 4. & 7. testam. quem. aper. Pro digis notam inurit administrationis bonorum interdictio, fidemque testimonii eorum elevat: atque adeo in toto pene jure civili prodigi pro furiosis, & eadem conditione qua furiosi habentur, l. 1. de curat. fur. l. 40. de div. reg. jur.

5 **I**mprobos intestabilesque] Intestabilis dicitur: *Cui nec testamentum condere licet, nec testimonium alteri dicere; & cui vicissim nemo testimonium dicere tenetur*, l. 18. §. 1. l. 26. hoc tit. uti quisque tenetur civi honesto, si denuncia tum sit. Ex senatusconsulto intestabilis est qui ob carmen famosum damnatus est, d. l. 18. §. 1. Ex constitutionibus, apostatæ & hæretici, l. 3. C. de apostat. l. 4. C. de hæret. & Manichæis.

6, **I**N HISPANIA quilibet notatus infamia testis esse prohibetur.

, betur in testamento scripto, l. 1. tit. 1. P. 6. & ibi Gregor. Lop. gloss. 8. quem vide.

TEXTUS.

De servo, qui liber existimabatur.

7. *Sed quum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea autem servus apparuit, tam Divus Hadrianus Catoni, quam postea Divi Severus, & Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento: ut sic habeatur firmum, ac si, ut oportebat, factum esset: quum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, neque quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret (1).*

COMMENTARIUS.

I Non tantum numerus testium, sed eorum etiam qualitas & requisita conditio est de forma testamenti substantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria duntaxat: adeo ut si vel in uno e testibus hujusmodi qualitas deficiat, testamentum per se nullam sit. Enimvero conditionem testium inspicere placuit, cum testamentum signarent: nam si tempore testamenti facti tales omnes fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit, puta si quis postea servus factus sit, aut intestabilis, fu-

(1) D. l. 9. tit. 1. P. 6. vers. Pero.

tere cœperit aut prodigus esse, l. 22. §. 1. & ibi Cujac. hoc tit. (2). Quid ergo si quis adhibitus sit, qui quidem adhiberi prohibetur, sed qui communi opinione pro tali, testamenti tempore habebatur, qui adhiberi potest, puta si servus adhibitus sit, qui omnium opinione liber existimabatur, & cui nemo eo tempore status controversiam movebat? Testamentum nihilominus sponte sua vitiosum & injustum est, nec communis error formam juris publici mutare potest. Cæterum quod per se momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate sustineri voluerunt, atque ut Justinianus hic loquitur, ex liberalitate sua hujusmodi testamentis subvenerunt, ut perinde firma sint, ac si omnibus suis numeris ac partibus constarent. Ridiculum vero est, quod vulgo ex hoc loco colligunt, communem errorem jus facere: non enim error, sed in errore summa Principum auctoritas jus hoc benigne & speciali favore ultimæ voluntatis constituit. Constitutio Hadriani, de qua in textu, est in l. 1. C. hoc tit. Alia vero Severi & Antonini non extat. Quod autem de servo rescriptum est, id non dubito, quin recte producat ad defectus aliarum quoque qualitatum, quæ in testibus testamentariis requiruntur, si eadem ratio est, puta si impubes adhibitus sit, qui pubes putabatur; mulier virili habitu virum simulans; prodigus, qui tempore conditi testamenti pro sano a plerisque habebatur. Idem enim favor, eademque benignitas

(2) D. l. 9. vers. Pero.

tis ratio testamentum quod summo jure inutile, defendunt.

2 *Omnium consensu*] Eorum scilicet qui in civitate sunt, opinione totius populi, aut certe majoris partis, quia publice liber a plerisque habebatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribusungebatur, arg. l. 3. in pr. de SC. Maced. l. 3. §. 2. de testib. Quam ob causam, nec illud testamento nociturum, si unus aut alter e testibus sciverit conditionem illius & tacuerit. Quinimo, & locum huic constitutioni videtur esse, etiamsi plures ejusdem generis non idonei per ignorantiam adhibiti sint, arg. l. 1. C. hoc tit. dum ne pauciores quam duo habiles sint & idonei. Latius hic exspatiantur DD. dum quærent, an gesta ab his, qui se pro Scribis aut Notariis gerunt, cum non sint, sed communi errore tales habeantur, & instrumenta ab his facta, valeant. Et sic vulgo distinguitur, ut referat, utrum alicui publica auctoritate hujusmodi persona per errorem imposita sit, an quis ipse sibi privatim eam assumpserit: illo casu valere quod gestum est, per l. 3. de offic. Præt. hoc casu acta non valere, & speciale esse, quod in casu hujus §. testamento succurritur. Vid. Jason. ad d. l. 3. qui de eo disputat accuratissime.

TEXTUS.

De pluribus testibus ex eadem domo.

8. *Pater, necnon is, qui in*

(1) L. 16. tit. 16. P. 3.

potestate ejus est: item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utique testes in uno testamento fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi (1).

COMMENTARIUS.

I *Hic locus* sumptus est ex l. 17. de testib. Et nota patrem & filium, & item duos fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, in alienis negotiis (non enim in testamento duntaxat hoc obtinet, d. l. 17. de testib.) diversarum personarum numero haberi.

TEXTUS.

De his, qui sunt in familia testatoris.

9. *In testibus autem non debet esse is, qui in potestate testatoris est. Sed si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate ejusdem patris est: reprobatur enim in ea re domesticum testimonium.*

COMMENTARIUS.

I *Hactenus* de personis quarum ea est inhabilitas, ut nullius in testamento testes adhiberi possint: sunt etiam quædam, quæ cum per se habiles sint, & recte adhibeantur, non tamen recte adhibentur in testamentis omnium, idque ob causam

sam

sam aliquam privatam, quæ eas inhabiles faciat: itaque inhabilitas testium altera universalis seu absoluta est, particularis seu respectiva vel privata altera. Causa hujus particularis inhabilitatis duplex: conjunctio testis & testatoris per potestatem: item negotium testamenti ad eum, qui testis adhibetur, pertinens. Prima hoc §. altera seq. explicatur.

2 *Qui in potestate testatoris est*] Igitur nec filius testatoris, nec nepos ejus ex filio, qui in potestate sit, nec is, quem testator ab hostibus redemerit testes esse possunt, *l. 20. in fin. pr. & §. 1. hoc tit.* Ratio prohibitionis non alia est, quam jus potestatis, quod fictionem quandam unitatis personarum inducit inter eum, qui habet in potestate, & qui in potestate habetur, §. 4. *infr. de inut. stip.* Quo fit, ut si alteri alter testimonium dicat, sibi quodammodo dicere videatur, quod subtilitas juris non patitur. Ait, *qui in potestate.* Igitur a contrario, qui in potestate testatoris non est, puta filius emancipatus, recte testis adhibetur, & pater vicissim in testamento illius; neque enim credendum est, verba illa frustra *hic*, & in *d. l. 20.* expressa esse. Præterea cessat in emancipato ratio prohibitionis, vinculum scilicet unitatis, quod per emancipationem solvitur.

3 *Sed si filiusfam. post missionem*] Filiusfam. testamentum facere non potest, præterquam si testetur de castrensi aut quasi castrensi peculio, *infr. tit. 12. ac*

(1) *L. 14. tit. 16. P. 3.*

proinde eo solo casu quæstio hæc locum habere potest, an pater ad testamentum ejus testis adhiberi possit. Sic autem *hoc loco* distinguatur videtur, ut si filiusfamilias militans adhuc, testamentum faciat de rebus castrensibus, pater recte testis adhibetur: si post missionem, non æque. Cæterum quoad priorem causam, amplius adhuc distinguendum existimo, utrum scilicet militans adhuc testamentum faciat, jure militari in castris aut expeditione, an extra castra jure communi: ut in illo demum casu pater recte adhibetur (1), propter liberrimam, quæ militibus data est, in castris testandi facultatem; hoc autem casu non magis quam si testetur post missionem, cum jure communi, & eadem observatione, qua pagani, testari debeant, *pr. & §. 3. tit. seq.* & verba illa: *Post missionem*, non ideo *hic* adjecta esse, quia ante missionem filius testamentum faciens semper patrem adhibere possit; sed quia post missionem nunquam. Sed hic nobis occurrit exemplo emancipati, ad cujus tabulas patrem posse testem adhiberi diximus, non alia ratione, quam quia emancipatus non est in potestate. At in eo, de quo quærimus, nec filiusfam. in potestate est: quippe qui in castrensi peculio vice patrisfamil. fungitur, *l. 2. de SC. Maced.* Huic objectioni ita fere responderi solet, multum interesse, utrum quis revera & sine exceptione sit paterfam. & patri suo extraneus, qualis est filius emancipatus; an quis in re ali-

aliqua pro patrefam. habeatur, manens revera in potestate, & domesticus patri suo, qualis est, qui peculium castrense habet. Etenim peculii hujus concessionem non eximere filium de domo & potestate patris, §. 4. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* & consequenter non efficere, ut una persona cum patre cænsi desinat: tantum liberam filiosfam. de his rebus disponendi facultatem tribuere, & heredem etiam in his instituendi, in quo patrisfamil. comparetur. Cæterum, ut ipse pater propter vinculum unitatis, quod retinetur, hunc filium ad suum testamentum adhibere non potest, ita nec in illius tabulis patrem adhiberi posse.

4 Equidem fateor, hæc ita pro Justiniano, & si qui veterum fuere, quos ille secutus est, speciose disputari: video tamen, aliud placuisse Marcello, cujus auctoritatem etiam Ulpianus secutus est in *l. 20. §. 2. hoc tit.* Ita enim scribit: *Per contrarium quæri potest, an pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. Et Marcellus lib. 10. Digestorum scribit, posse: & frater ergo poterit.* Contraria omnino sententia & directo pugnans cum eo, quod *hoc loco* tradit Imperator, ut bene animadvertit D. Hotomanus. Et fortasse motus fuit Marcellus ea, quam dixi, ratione: quia placuit, filiumfamil. in peculio castrensi pro patrefamil. haberi, quasi ob id etiam diversam a patre personam in causa istius peculii sustinere debeat: id

enim receptum est, cum de acquirendo ex causa hujus peculii agitur, in quo fere solo alioquin fictio illa, quod pater & filius pro una persona habeantur, locum habet.

5 Tentari etiam potest cum Galtier *hic*, verba hæc: *Post missionem*, consulto fuisse adjecta a Justiniano *hoc nostro* §. ut significaret duntaxat prohibitum esse testimonium patris in testamento filiosfamil. de castrensi peculio testantis, quando filius non jam miles, sed veteranus seu militia missus testatur: non vero dum testamentum conditur a filiosfam. adhuc milite: quo casu patris testimonium ex privilegio militiae permitti censet, hancque esse sententiam *d. l. 20. §. 2. hoc tit.* Sane solius militiae causa fuisse privilegia concessa in testamentorum ordinatione, sat probare videntur quæ tradimus in *calce §. 1. de inoffic. testam. vers. Quæ de querela.*

6 In judiciis nulli parentes & liberi invicem idonei testes, *l. 9. de testib. l. 6. C. eod.* suspecti omnes, quibus quovis modo imperari potest, *l. 6. eod.* qualis est etiam libertus in domo patroni degens: item qui mercede conducuntur, ut famuli & coloni in villis, aut id genus alii, qui domi famulantur (1). In his enim causis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticarum, hoc est, eorum omnium, qui de domo heri, qui in eos imperium habet, producuntur, *l. pen. de testib.* in testamentis vero eos duntaxat, qui vinculo patriæ potestatis eadem cen-

(1) *L. 18. tit. 16. P. 3.*

sentur persona. Discriminis ratio hæc est, quod in cæteris causis agitur de commodo pecuniario ejus, cui testimonium dicitur, ut merito in his testes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia aut obsequio veritatem celaturos suspicio est: in testamento autem non de commodo testatoris, sed heredis agitur, ut non tam illi, quam hinc testimonium testes perhibeant.

7, IN HISPANIA l. 14. tit. 16. P. 3. prohibens generaliter parentes & liberos sibi invicem testimonium dicere, etiam in testamentis locum habet, arg. vers. Orosi ejusdem legis speciatim de testamento loquentis. Et cum apud nos nulla fere sit differentia inter liberos emancipatos & non emancipatos, ut in §. 2. de her. qual. & dif. videmus, prohibitio vigeat etiam si filius emancipatus fuerit. Nec mirum, cum in Hispania tam filii emancipati, quam in potestate retenti instituendi vel exheredandi sint. Vide quæ dicimus in §§. 5. & 7. infr. de exhered. liber.

TEXTUS.

De herede, & his qui sunt in ejus familia.

10. Sed neque heres scriptus, neque is, qui in ejus potestate est, neque pater ejus, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt: quia hoc totum negotium, quod agitur te-

stamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem & heredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem, & eos, qui per potestatem ei conjuncti fuerant a testamentariis testimoniis repellebant: heredi autem & iis, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare: licet ii, qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere observationem corrigentes, & quod ab illis suavisum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet; neque aliis personis, quæ ei (ut dictum est) conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare: ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

COMMENTARIUS.

I Causa privativa altera, quæ testem inhabilem facit, est negotium testamenti quod cum teste agitur. Negotium testamenti dicitur: Id, cujus præcipue causa testamentum ordinatur; nimirum institutio heredis sive universi juris successoris. Nemo igitur testis adhiberi potest in eo testamento, in quo heres scriptus est: quod ideo placuit, quia in testamento negotium heredis recta & principaliter agitur, ut is solus sit juris successor. Herede

au-

autem summoto consequens fuit, ut una removeretur qui in potestate ejus est, & pater quoque, qui eum habet in potestate, & denique frater, qui cum eo in ejusdem patris potestate est, propter vinculum illud unitatis, de quo dictum §. præ. ed.

2 Veteres familiæ emptorem repellebant: heredi autem concedebant] Hoc referendum ad ea tempora in quibus familiæ emptor alius erat ab herede: de quo vide quæ diximus sup. §. 1. hoc tit.

3 Neque aliis personis, quæ ei, ut dictum est, conjunctæ] Scilicet per potestatem, quod antea expressit: ea enim sola conjunctio efficit, ut omnes ita conjuncti pro una persona habeantur, atque ut sibi quodammodo, quod ait, testimonium præstent. Ex contrario igitur etiam hic recte colligas, eos, qui in potestate heredis non sunt, utputa liberos emancipatos, item patrem heredis, in cujus potestate non est, & fratres ejus, ad testimonium in proposito admitti posse. Fatendum tamen est, esse, aliquid in personis heredi sanguine sic conjunctis, ob quod videri possiat ad testimonium non admittendæ, quod non sit in iis, qui testatori naturaliter conjunguntur, propterea quod ut dictum §. præced. non de testatoris, sed heredis commodo hic agatur, ut quamvis non testatoris, heredis tamen parentes aut liberi suspicione graventur.

4 Verum in contrarium considerandum est, ignorari plerumque, quis heres scriptus sit, idque

Tom. I.

non tantum cum signatur testamentum, sed etiam cum testes jubentur signa sua recognoscere, quod fit ante aperturam tabularum, l. 4. testam. quem. aper. Sed etsi sciatur, quis heres scriptus sit, aut si palam heres nuncupatus, non putarem tamen statim testamento obesse debere, quod dicantur iater testes adhibiti parens aut filius aut frater heredis (dempta conjunctione per potestatem). Nam primo si quam suspicionem necessitudo inducit, ea facile reliquæ testimonium deletur. Deinde etsi negotium heredis in testamento agitur, is tamen non est onerandus, quia ipse testes initio ad hoc non adhibuit, sed testator: neque aliis testibus postea ad probandam testatoris voluntatem uti potest, quam iis ipsis, qui adhibiti sunt, cum testamentum ordinaretur.

5, IN HISPANIA omnes heredis descendentes & consanguinei, nei intra quartum gradum testes, esse prohibentur, l. 11. tit. 1. P. 6.

TEXTUS.

De legatariis & fideicommissariis, & his qui sunt in eorum familia.

II. Legatariis autem, & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus: imo in quadam nostra constitutione, & hoc specialiter eis concessimus. Et multo magis iis, qui in eorum potestate

Zz

te

te sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus (1).

COMMENTARIUS.

1 **L**egatum aut fideicommissum testamento alicui relictum eum testem inhabilem in eo testamento non facit: sed placuit legatarios & fideicommissarios testes in testamento adhiberi posse, l. 20. in pr. hoc tit.

2 *Quia non sunt juris successores*] Sed esto, ne sint legatarii juris successores: legata ad constitutionem testamenti non pertineant: & hæcenus dicatur negotium testamenti ad legatarios non pertinere; fatendum tamen utique est saltem aliquo modo etiam de re legatarii in testamento agi: quippe qui emolumentum ex testamento percipiendi spem habet, ejusque propterea pecuniariter interest testamentum confirmari, ne relictum concidat, l. 14. C. de fideicom. Hoc ipsum vero satis causæ est ad arcendos a testimonio legatarios. Nam etsi non principaliter & recta in rem suam testimonia ferant, sed heredis; per consequentiam tamen confirmati testamenti & hereditatis aditæ, hoc etiam ad ipsorum commodum pertinet: ac proinde quod nemini concessum est, l. 10. de testib. & C. eod. l. 10. in re & causa propria nihilominus testimonium dicunt: siquidem palam est, causam propriam esse eam, ejus emolumentum aut damnum

(1) D. l. II. tit. I. P. 6.

ad aliquem suo nomine pertineat, l. 1. §. II. quand. appell. Quamobrem etsi ratio Justiniani hoc efficit, ut magis heres repellendus sit, quam legatarius; tamen non satis idonea videtur, ut propter eam legatarius debeat admitti. Et vero ita est: nec dubitandum, quin certiore aliqua & speciali ratione hoc jus receptum fuerit; quamvis nulla præter hanc Justiniani in libris nostris aperte tradita inveniatur. Interpretes complures afferunt, quarum hæc sunt præcipuæ.

3 Prima est: quod numerus reliquorum testium, & cæterarum rerum diligentissima observatio testimonium legatarii ab omni falsi suspitione tuetur; neque tam ob testimonium legatarii, quam ob reliquorum, ad quos ea res non pertinet, legatum sustineatur. Secunda est: quod veteres suprema ordinaturi amicis fere signatoribus utebantur, quibus amoris testificandi gratia nihil relinqui posse, durum sane atque inhumanum esset. In quam rem elegans locus est Symmachi lib. 10. epist. 55. *Quis, inquit, non familiarissimum quemque signandis abhibet, cum extrema conduntur? Jam quid mirum est, si in oculis positus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari?* Porro ita disputat, ut si his legibus viveremus, ut tenuis honor, quo subscriptores ob amicitiam defunctus adspersit, legitimum posset abolere judicium, inimicis signatoribus tutius uteremur: inanemque appellat calum-

namiam,

namiam, & rem post humanam memoriam inauditam, objectionem Bassiani cujusdam, qui hoc jus in dubium vocabat, facit l. 39. §. 1. de legat. 3.

4 Atque his ego rationibus adducor, ut credam, hoc jus non tantum in testamentis scriptis servandum esse, verum etiam in nuncupativis: licet dissentiant Duar. tit. qui testam. fac. & Anton. Fab. dec. 66. err. 1. & seqq. Et quidem in testamento nuncupativo, quod uti nunc mos est, per Notarium in scripturam redigitur, ea res minorem dubitationem videtur habere: quia privatum legatarii testimonium publicæ personæ juvatur fide. Sed in mera simplici nuncupatione causa est, cur dubites, cum hic testes recti tam de legito, quam de jure heredis deponant: nullaque alia re testimonium juvetur, ut videri possit, perinde id habendum esse, ac si quis sibi aliquid in testamento adscribit, quod senatusconsulto prohibuitur est, l. 14. in pr. ad leg. Corn. de fal. Et tamen magis est, ut hic quoque testimonium legatarii admittatur, cum cæterorum testium fides suspicionem tollat, legataque ac fideicommissa etiam codicillis relinqui possint, in quibus constat quinque testes sufficere: utur mutua hic futura sint testimonia: quanquam haud gravate admiserim, nonnihil hic tribuendum religioni judicantium.

5 Singularis opinio est Anton. Fabri d. decad. err. 3. qui putat, nov. 1. cap. 1. in totum ab hoc

(1) L. 12. tit. I. P. 6.

jure recessum esse, ut hodie nec in scripto testamento testimonia legatiorum & fideicommissariorum admittenda sint: quoniam Justinianus eo loco caverit contra veteris juris regulam, ut si scripti heredes hereditatem adire recusarent, ipsis legatariis & fideicommissariis potestas adeundi esset: unde colligit, jus testimonii dicendi nunc iis plane denegandum esse, locumque in iis nunc etiam habere rationem prohibitionis: *Quia juris successores fieri possunt.* Ego vero malim dicere hoc curandum non esse, quia ex accidenti est: *Casus adventitii*, inquit Scævola, *non sunt computandi*, l. 6. qui & a quib. m. m.

6 Plane locus hic accipiendus est de fideicommissariis particulare: nam universalis fideicommissarius, id est, cui ex fideicommissis restituitur hereditas, loco heredis est, & post senatusconsultum pro successore juris habetur, §. 3. & 4. inf. de fideic. hered.

TEXTUS.

De materia, in qua testamenta scribuntur.

12. *Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an chartis membranisve, vel in alia materia fiat (1).*

COMMENTARIUS.

1 **A**ntiqui fere in tabulis ligneis testamenta & quaslibet cautiones scribere solebant.

Zz 2

bant. Ex quo est, quod Prætores in edictis suis de testamenti tabulis tantummodo loquuntur, & quod bonorum possessio, quæ liberis præteritis datur, vulgo dicitur dari contra lignum, *l. 19. de bonor. possess. contra tab.* & inde Juvenalis *satyr. 13. & 16.* adulterinas & mendaces cautionum tabulas appellat *vana chirographa ligni*. Tabulæ autem illæ cera illitæ erant, litterasque stylo primum ferreo, postea osseo, in iis exarabant: unde factum, ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sueton. in *Jul. cap. 83. Quintum Pædium ex quadrante heredem instituit: reliquos in imæ cera.* Juvenalis *satyr. 15. Accipe ceram, scribe puer*, id est, accipe tabellas ceratas, aut ceratos pugillares: eoque nihil apud hunc poetam usitatus. Cæterum etiam alia materia usos fuisse constat, veluti chartis, membranis sive pergamenis, foliis & libris quarundam arborum, *l. 52. de legat. 3. add. Plin. lib. 13. cap. 11. & 12.* Litteris autem, iisque usitatis & legibilibus scribendum esse testamentum placuit, non signis obscurisve notis, *l. 6. §. ult. de bon. poss.* Utiq; tamen si per notas usitatas, quibus scilicet utimur in designanda quantitate, portio hereditaria aut summa legati expressa fuerit, institutio aut legatum non vitiabitur, *l. 9. §. 4. de her. inst.*

2. IN HISPANIA *legi 12. tit. 1. P. 6.* quam in probationem *hujus text.* laudamus, consona est *lex 45. tit. 25. lib. 4. Recop.*

(1) *D. l. 12. tit. 1. P. 6.*

§. 3. num. 22. quatenus permittit testamenta scribi in papyro, communi seu ordinaria. Cæterum jubet *ead. l. 45.* ut postquam hujusmodi testamenta fuerint aperta, transcribantur in papyro munita quarto sigillo (*pa. pel del sello quarto*) per Notarium, ab eoque apographum; seu copia, ut nunc loquuntur, cum attestatione protocollo originali interseratur.

TEXTUS.

De pluribus codicibus.

13. *Sed & unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus fatis: quod interdum etiam necessarium est; veluti si quis navigaturus, & secum ferre, & domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit: vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminet (1).*

COMMENTARIUS.

I *Pluribus codicibus*] Id est, pluribus exemplaribus *l. 24. hoc tit.* Si quis in duobus codicibus simul signatis alios, atque alios heredes scripserit, & utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio: quia pro unis tabulis habetur, & utrumque pro supremo, *l. 1. §. 6. sec. tab.* Quid vero juris erit, si ex binis tabulis ejusdem testamenti unam testator de-

deleverit aut incidit? Respondum est, ex integris hereditatem adiri aut bonorum possessionem peti posse; nisi hi qui ab intestato venire desiderant, probaverint, hoc animo a testatore incisas, ut intestatus moreretur, *l. ult. de his quæ in test. del.* Quid si eidem diversa summa legata sit, puta in alteris aurei quinquaginta, in alteris centum? Proculus respondit, heredi parcendum esse, & tantum quinquaginta deberi, *l. 47. de legat. 2.*

TEXTUS.

De testamento nuncupativo.

14. *Sed hæc quidem de testamentis, quæ scriptis conficiuntur, sufficiunt: si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, & sui voluntate coram eis nuncupata, sciat, hoc perfectissimum testamentum jure civili, firmumque constitutum.*

COMMENTARIUS.

I *Hoc §.* breviter comprehensa est forma testandi sine scriptura sive per nuncupationem: quæ testandi ratio tota est a jure civili: nam prætorii testamenti præcipua solemnitas consistit in obsignatione testium, cui sine tabulis locus esse non potest. Cæterum Prætor ut custos juris civilis etiam secundum nuncupationem bonorum possessionem dat, *l. 8. §. ult. sec. tab.*
2 *Septem testibus adhibitis*] Testamento nuncupativo quædam

communia sunt cum scripto, veluti numerus testium eorumque conditio, testationis unus contextus, & testium rogatio seu admonitio, *l. 21. §. pen. hoc tit.*

3 *Et sua voluntate nuncupata*] In hoc maxime distat testamentum, quod sine scriptura fit, a testamento scripto: nam scripturam testamenti potest testator, si ita illi videbitur, clausam coram testibus proferre, testarique, suum hoc esse testamentum, celato nomine heredis; quam ob causam hoc testamentum *mysticum* dictum. Nuncupare heredem, est lingua & verbis pronunciare: unde nuncupare heredem & heredem pronunciare pro eodem usurpantur, *l. 25. hoc tit.* Palam autem voluntas hic nuncupanda est: non utique publice aut in propatulo, quod particula *palam* aliquando significat; sed clare & intelligenter sic, ut a testibus exaudiri & intelligi possit, *d. l. 21. in pr. hoc tit. l. 21. §. 2. C. eod.* ita Suetonius in vita Horatii: *Decessit herede Augusto palam nuncupato, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.* Proinde, quod in testamento scripto necessarium non est, *l. 20. §. pen. hoc tit.* in nuncupativo omnino necessarium putamus; ut testes intelligentiam habeant sermonis testatoris, quo etiam facit *l. 209. de verb. sign.* Fuit quidem etiam in scriptis testamentis usurpata nuncupatio: sed in his significat generalem illam testationem voluntatis, cum testator tabulas testamenti tenens apud eos, qui ut

testes essent, rogati erant, testabatur, id suum testamentum esse, non nuncupationem heredis, Ulp. tit. 20. §. 8.

4 *Perfectissimum*] Respectu scilicet effectus, quem non minorem habet, quam testamentum scriptum, quod alioqui ratione solemnitatis perfectius est. Etsi autem ratio testandi per nuncupationem longe expeditior est, quam per scripturam: tamen testamenta nuncupativa minus usitata veteribus fuisse, quam scripta, argumento est, quod passim tabularum testamenti & heredum scriptorum in libris nostris mentio fit: raro nuncupationis. Cujus ego rei duplicem esse causam reor; tum quod in testamento scripto necesse non est pandere ea, quæ scripta sunt, quæ celari sæpe iacterest, & ipsius testatoris & heredum cæterorumque, quibus aliquid relinquitur; quam utilitatem testamentum nuncupativum non habet: tum quia scripti testamenti fides subscriptionibus & signis testium confirmatur; ex quo fit, ut etiamsi testes decesserint, ratum nihilominus illud maneat: nuncupativi autem testamenti fides tota pendet a depositione testium, quibus mortuis aut aliquibus eorum, cum non sint, aut pauciores sint, quam requiruntur, qui sisti iterum possint, & in iudicio testimonium dicere, necesse est irritam fieri defuncti voluntatem. Sed huic incommodo postea occursum est adhibito Tabulario, qui voluntatem coram testibus nuncupatam acciperet, ac rem gestam scripturæ suæ auctori-

tate confirmaret: cujusmodi scripturæ & instrumenta Tabellionum sola per se citra novum testium adminiculum vim probandæ ultimæ voluntatis habent. Dum autem ita fit, solius probationis gratia scriptura intervenit, non quod sit de substantia testamenti: quantum non negaverim, habere hoc genus testamenti non nihil, quod naturam scripti testamenti sapiat. Notarius vero, qui scripturam conficit, testatorem nosse debet: sin minus, ipsi testes, quos id quoque testificari oportet. Voluntas voce nuncupata a Notario scripto comprehendere solet, & in protocollum referri.

5 Quæsitum est, an testamentum juxta alicujus loci consuetudinem aut statutum factum etiam vim habeat extra illum locum, exempli gratia, testator ibi testamentum fecit, ubi coram tribus testibus & Notario testari licet, quæritur, an valeat etiam in aliis locis, ubi septem testes requiruntur. Et valere respondendum est, quoniam actuum solemnitas ad eorum spectant jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per l. 6. de evict. l. 3. in fin. de testib. l. 2. C. quem ad test. aper. & alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, aut quod absurdum est, plurium locorum consuetudines in uno testamento exquirere oporteret, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundum diversa loca dijudicari, Gomez in l. 3. Tauri num. 20. Peck. de test. conjug. lib. 4. cap. 28. in fin. Plane

si lex expresse testatores sequi jubet jus loci, in quo bona sita sunt, aliud dicendum est.

6, IN HISPANIA, si testamentum nuncupativum (*abierto nos*, dicimus) fiat adhibito Tabellione, tres testes sufficiunt, qui vicini seu incolæ sint loci illius, in quo testamentum fit: si vero sine Tabellione condatur, quinque similiter vicini necessarii sunt. Quod si in laudato loco neque Tabellio, neque testes quinque inveniri potuerint, tres duntaxat, qui tamen sint vicini, sat erunt. Et denique si coram septem ordinetur testibus, validum erit, quamvis vicini non sint, neque Tabellio adhibeatur, dummodo cætera, quæ jus requirit, concurrant, l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Antonius a Torres in §. 10. Instit. hoc tit. & Gomez in l. 3. Tauri n. 47. volunt, hujusmodi testamentum esse validum, si presentibus tribus testibus sit factum, etiamsi Tabellio, qui in loco haberi poterat, non intervenit, ea nixi ratione, quod testes parem vim obtineant ac instrumenta, & probationes non sint restringendæ, sed ampliandæ maxime in testamentis, per l. in exercendis 15. C. de fide instrum. cum similib. Hanc tamen sententiam haud videntur admittere verba illa d. l. 1. I si no pudieren ser avidos cinco testigos, ni Escrivano en dicho lugar, quæ manifeste conditionem important. Et insuper ea, admissa omnino superflua, imo, & captiosus foret primus casus, ejusdem legis 1. in quo tres te-

stes cum Tabellione requiruntur, si hic nunquam necessarius esset. Adhæc, sibi imputare debet testator, qui Tabellionem cum adhibere potuit, non adhibuit, tribus solummodo testibus contentus.

7, Neque placet ratio, quam summus Covarruv. cap. 10. de testam. num. 3. probare intendit sat esse testamentum nuncupativum fieri coram Tabellione & duobus testibus, si in eo loco plures facillime haberi non possint: quia nempe Tabellio supplere poterit defectum illius testis, qui deest, & præterea publicam auctoritatem habebit; cum ex d. l. 1. duorum testium numerum suppleat. Licet enim, juxta legis sententiam vere Tabellio suppleat numerum duorum testium, quatenus scilicet idem præstant tres testes cum Tabellione, ac quinque sine eo; inauditum tamen est Tabellionem simul duobus representantibus potiri, testis nimirum, & personæ publicæ. Deinde ipsa lex ut minimum tres testes desiderat, cum Tabellio intervenit, ibi: *Tres testigos á lo menos*. Sane si Tabellio vicinus fuerit illius loci, uti & duo alii testes, horumque major copia non inveniretur, non putarem testamentum corruere, officio testis fungente Tabellione. Bene vero monet, & probat laudatus Gomez in d. l. 3. num. 56. 60. & 61. eandem solemnitatem requiri in nostra Hispania in testamentis parentum inter liberos, quam in testamentis extraneorum, sive in

, scriptis condantur, sive nuncupative; uti & in testamentis quæ tempore pestis fiunt, *ibid.* n. 48.

, De solemnitate in testamento cæci, adhibenda agemus infra in §. 4. quib. non est perm. fac. test.

TITULUS UNDECIMUS.

DE MILITARI TESTAMENTO.

D. Lib. 29. Tit. I. C. Lib. 6. Tit. 21. (1).

I **D**iximus sub rubrica præcedentis tituli, duo esse testamentorum genera: unum commune omnium civium, quod *paganicum* dicitur; alterum militum proprium, quod ideo appellatur *militare*. Hactenus quæ tradita sunt de ordinandis testamentis, ea solum pertinent ad testamenta paganorum: militaria, de quibus porro nunc agitur, legibus istis soluta sunt. Militaria autem testamenta *hic* non accipimus omnia, quæ facta sunt a militibus, id est, iis qui in numero relati sacramento tenentur: sed quæ facta sunt jure militari. Possunt enim milites jure communi testari, *l. 3. hoc tit.* imo debent, cum extra castra versantur: sed cum in expeditionibus occupati sunt, proprio jure & privilegiario testandi facultatem habent, neglectis legibus omnibus, quæ ad solemnitatem condendorum testamentorum pertinent. Itaque testamentum militis sive militare in causa proposita id solum intelligitur: *Quod a milite factum est in expeditione jure militum proprio.*

(1) *L. 4. tit. I. P. 6.*

TEXTUS.

In militari testamento solemnitates remissæ.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis, militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus principalibus remissa est. Nam quamvis in neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, recte nihilominus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt: quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scripta, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis adibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur: sed testari quidem, etsi filii familiarum sint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi eadem observatione & in eorum testamentis adhibenda, quam in testamentis paganorum proxime exposuimus.

COM-

De militari testamento.

COMMENTARIUS.

I Propter imperitiam eorum]

Causa beneficii, cujusmodi etiam mandatis inserta est eo capite, quod extat in *l. 1. hoc tit.* & rescripto Antonini in *l. 3. C. eod.* quibus locis hoc beneficium concessum traditur propter eorum simplicitatem: hoc enim est propter imperitiam. At non est hæc ratio adæquata, neque simplicitas militaris, aut sola est hujus privilegii causa aut principalis: alioqui enim & feminis & rusticanis idem privilegium concedi oportuisset, & militibus concedi sine exceptione temporis aut loci; & cum proculdubio multi etiam legum & juris periti stipendia fecerint, hos excipi. Deinde etiam extra castra & tempus expeditionis privilegio uti possent, quod eis *hoc eodem textu* denegatur. Principalis ergo causa est, quam Ulpian. expressit *l. unic. de bon. poss. ex test. milit.* laborum & periculorum functio, cum in expeditionibus & castris sunt: quo tempore armorum cogitatio, pericula imminetia, & sese continendi necessitas, omnem aliam de jure cogitationem adimit. Et ideo nec militibus alio loco aut tempore suo jure testari licet; & aliis quibusvis, quamvis non mereant, in hujusmodi periculis, & hostico aut prociuctu deprehensis, si ibi decedant, jure militari, quoquo modo velint, quoquo modo possint, testari permissum, *d. l. un. l. ult. hoc tit.*

Tom. I.

2 *Constitutionibus principalibus*] Primus Julius Cæsar, ut auctor est Ulpian. *l. 1. hoc tit.* liberam militibus testamenti factionem concessit, cæterum eam concessionem ait fuisse temporalem: postea vero primum Titum, & post hunc Domitianum eandem libertatem iterum dedisse: ac demum plenissimam indulgentiam in milites collatam a Nerva, & qui eum secutus est, Trajano: exinde hoc perpetuo privilegio milites usos, ut quoquo modo testati essent, rata esset eorum voluntas.

3 *Neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint*] Quæcunque igitur subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea omnia militibus remissa sunt, ut in universum recte definit Duar. *cap. 4. ad hunc tit.* & in progressu apparebit.

4 *In expeditionibus*] Expeditio dicta, quod milites sint expediti ad configendum cum hoste, quodocunque casus ingruat. Itaque expeditio non est conflictus ipse, neque etiam tempus belli, sed: *Totum illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut sunt adversus hostem, sive eum persequantur, sive eum imminetem spectent, intenti ad opportunitatem rei gerendæ, vel ut invadant, vel ut invadentem sustineant ac propulsent.* Cassiodorus *l. var. 17.* Hanc merito expeditionem nominaverunt majores, quia mens devotionis præliis, non debet aliis cogitationibus occupari. Præsidia, hiberna cæteraque loca in quibus militem extra castra commorari

Aaa

ne-

nesse est, sedes appellantur. Veget. lib. 3. de re milit. cap. 4. & ult. Sallust. in Jugurt. cap. 37. Milites mense Januario ex hibernis in expeditionem evocat.

5 Paganorum] Pagani proprie dicti rustici; villani seu vicani. Hic autem & passim in libris nostris opponuntur militibus, eoque nomine significantur omnes, qui milites non sunt. A Scriptoribus Ecclesiasticis, & in constitutionibus Imp. Christianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credibile est, inde nata, quod cum urbes fere omnes sub Constantino fidem Christianam amplexæ essent, tamen adhuc diu post in agris & pagis hæsit religio gentilis & reliquæ ethnicismi.

6, IN HISPANIA Partitarum, leges jus Romanorum imitatae, concedunt militibus facultatem, testandi jure militari seu privilegiario duntaxat eo casu quo in expeditione sunt, l. 4. tit. 1. P. 6. Ab hoc tamen jure aliquantulum recessum constitutione quæ extat in Ordinationibus generalibus exercitus art. 4. tract. 8. tit. 11. Et tandem cum super hac orta esset dubitatio, ejus tollendæ gratiâ, nova constitutio edita est sub die 24. Octobris, ann. 1778. qua, consulente summo belli Concilio, declarat, vultque Rex, ut omnes qui foro gaudent militari, generaliter, & absque ulla limitatione possint pro suo arbitrio testamenta, condere quocunque modo de eorum voluntate constet.

(1) D. l. 4. tit. 1. P. 6.

TEXTUS.

Rescriptum D. Trajani.

1. Plane de testamentis militum Divus Trajanus Catilio Severo ita rescripsit: Id privilegium quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse: quod & sine scriptura, & a non militantibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quaritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet quem vellet sibi heredem esse, & cui libertatem tribueret, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est (1). Cæterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui: Ego te heredem facio, aut: Bona mea tibi relinquo; non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem, relinqueret se bona cui visum sit: & per hoc vera judicia subverterentur.

COMMENTARIUS.

1. Divus Trajanus ita rescripsit] Recitatur hoc idem rescriptum a Florentino in

l. 24.

De militari testamento.

l. 24. hoc tit. Sententia rescripti hæc est: voluntatem militis qualemcunque, etiam eam, quam sine scripto protulit, pro testamento observari; cæterum prius esse, ut constet appareatque, serio atque animo testamenti facienda militem verba pronunciasse. Hoc ut doceatur, ipsorum militum maxime interesse, ne vera & seria eorum judicia subvertantur.

2. Convocatis ad hoc hominibus] Ex his constitutionis verbis triplex orta controversia est: una de necessitate adhibendorum testium in testamento militis; altera de numero; tertia de eorum rogatione. De prima dicendum, interesse, utrum miles per nuncupationem & sine scriptura testetur, an per scripturam: in nuncupatione omnino testibus opus esse; quod etiam hic locus expresse exigit: & quomodo alioqui de voluntate militis voce prolata constare poterit? In scripto autem testamento, etsi nulli testes a milite adhibiti sint, ratam tamen esse militis voluntatem, utpote de qua per scripturam & manum ipsius testatoris, quæ legitima probatio est, constare potest. Nihil autem amplius exigitur, quam ut de voluntate militis quocunque modo testata constet. De numero testium adhibendo a milite per nuncupationem testante sic sentio: neque unum testem sufficere, neque plures exigi, quam duos (1). Illud, quia constitutio plurali numero utitur, neque unius testimonium legitimum est, quale ta-

men omnino requiritur, l. 40. hoc tit. Hoc, quia pluralis elocutio duorum numero contenta est, l. 12. de testib. Atque ex ratione juris gentium, quod solum in testamentis militum consideratur, ad probationem alicujus actus duorum testimonium sufficit.

3. De rogatione testium, quod tertium erat, eam non existimo in militari testamento esse necessariam. Prima: quia rogatio illa est pura solemnitas; in militaribus autem testamentis solemnitates omnes remissæ: deinde, quia hæc omnium solemnitas scrupulosissima est & subtilissima, longissimeque recedit a simplici ratione juris gentium, quæ sola regula est militarium testamentorum. Denique contraria sunt dicere, nudam & simplicem voluntatem sufficere, & desiderari rogationem. Nihil in contrarium faciunt verba hujus text. convocatis ad hoc hominibus. Quippe quæ hic non dispositive, sed narrative tantum ponuntur, atque ut exemplo aliquo declaretur, quomodo de seria militis voluntate sine scriptura testati, certo constare possit.

TEXTUS.

De surdo & muto.

2. Quinimo & mutus & surdus miles testamentum facere potest.

COMMENTARIUS.

1. Arbitror, peccatum hæc aliquid esse oscitantia

Aaa 2

Com-

(1) D. l. 4. tit. 1. P. 6.

Compilatorum. Certum est enim, olim paganum mutum aut surdum testamentum facere non potuisse, nisi ut liceret sibi facere specialiter a Principe impetrasset, *l. 7. qui test. fac.* militem autem mutum & surdum potuisse citra novam concessionem ex privilegio militari, *l. 4. hoc tit.* Nec minus certum habeo, neque pagani mutum simul & surdum natum, aut factum quidem, sed qui scribere nesciret, hoc unquam ex speciali gratia obtinere potuisse: quippe qui nec petere hoc potuit; neque militem in casu simili habuisse ex privilegio. Justinianus primus generali lege surdis & mutis, qui vel lingua, vel scriptura suam voluntatem manifestare potuerint, facultatem testandi dedit, quin necesse haberent licentiam a Principe impetrare, *l. 10. C. qui test. fac. poss.* (1): ex quo cum pagani hoc jus habuerint, id inter privilegia militaria, ut olim, amplius referri non debuit. Cum igitur nihilominus appareat, id *hoc loco* factum esse a Compositoribus, oportet eos, cum hæc vel ex responso Ulpiani in *d. l. 4.* vel ex alio veteri Jurisconsulto describerent, non meminisse constitutionis illius Justinianæ; quæ tamen jam dudum edita erat, ut apparet ex subscriptione.

2, IN HISPANIA, si quis mutus legere sciat, & scribere ignoret, poterit a Rege impetrare facultatem testandi, adhibito aliquo qui loco ejus testamentum scribat, *d. l. 13. tit. 1. P. 6. vers. Mas.*, cum seq.

(1) *Le 13. d. tit. 1. P. 6.*

TEXTUS.

De militibus & veteranis.

3. *Sed hæcenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant, & in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem heredi adscripta post annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis.*

COMMENTARIUS.

1 *Post missionem vero*] Hic rei ob stare videtur, quod etiam is miles, qui capite damnatus est jure militari testandi licentiam habet, *l. 11. hoc tit.* qui tamen maxime pro misso & exautorato haberi debet. Sed id non obest: quia miles capite damnatus privilegium testandi non retinet, nisi id nominatim sententia comprehensum sit, *l. 22. §. 1. d. legat.* 3. aut petierit & impetraverit, ut sibi jure militari testandi liceret, *l. 32. §. 8. de donat. inter vir. & uxor.*

2 *Intra annum &c.*] Testamentum in castris jure militiæ factum jus suum etiam post missionem

nem

nem intra anni spatium retinet, vel eoque dum institutionis conditio extiterit, *l. 21. l. 26. l. 38. hoc tit.* De anni spatio hæc causa affertur, quod privilegia absentibus Reipubl. causa, quales etiam sunt milites, concessa post reditum usque ad annum perseverant, *§. 2. sup. de exc. tut.* De conditione hæc, quia conditio quandoque existens retrotrahitur atque exinde perinde habetur, ac si ab initio pure institutio facta fuisset, *l. 26. de cond. instit. l. 8. de per. & com. rei vend.* Cæterum missionem intelligi oportet, vel honestam, quæ emeritis stipendiis indulgetur; vel causariam, quæ propter valetudinem. Nam eorum testamenta, qui ignominie causa missi sunt, statim desinunt militari jure valere, *d. l. 26. hoc tit.* Consule de hoc *l. 2. §. 2. de his, qui not. infam.* Lipsium in *lib. 1. Annal. Tacitæ.*

TEXTUS.

Si testamentum factum ante militiam.

4. *Sed & si quis ante militiam non jure fecit testamentum, & miles factus, & in expeditione degens resignavit illud, & quædam adjecit, sive detraxit; vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est, valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.*

COMMENTARIUS.

1 *Resignavit illud, & quædam adjecit, sive de-*

traxit, vel alias manifesta &c.] Ad confirmationem testamenti, quod quis inutiliter ante militiam fecit, uti nihil amplius requiritur, quam ut miles postea factus tempore expeditionis id valere voluerit; ita etiam necesse est, ut hoc nova aliqua testatione voluntatis declaret. Duo enim semper in omni militari testamento exigimus: ut de voluntate militis constet; & ut in expeditione testatus sit. At in proposito neque de voluntate militis constare potest, si nulla nova testatio intervenerit; quin potius tunc censendum est, priorem inutilem voluntatem, qualem esse sciebat, talem manere voluisse: nec dici potest in expeditione testatus, a quo neque factum quicquam est, neque dictum, quod ad comprobationem prioris voluntatis pertineat. Enimvero non præcise requiritur, ut miles recentem voluntatem aperte & verbis declaret, sed sufficit, eam re aliqua & facto significari, unde commode intelligi possit: cujusmodi facta sunt, si testamentum resignaverit, si aliquid adjecerit, detraxerit, interleverit, induxerit, emendaverit. Alterutrum autem horum omnino necessarium est, ut hic locus aperte ostendit, & apertius adhuc Jurisconsultus *l. 20. §. 1. eod.* Omnium autem apertissimus in hanc sententiam locus est Marcelli in *l. 25. hoc tit.* ubi sic scribit: *Testamentum, quod (Titius) ante tribunatum fecisset, nihil si postea ab eo factum dictum esse probaretur, ad jus commune pertinet: constitutionibus enim Principum non militum*

testamenta, sed quæ a militibus facta sunt, confirmantur.

2 Obstat videtur responsum Ulpiani, quod extat in *l. 15. §. 2. eod. tit.* in hæc verba: *Testamentum ante militiam factum a milite, si in militia decesserit, jure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, Divus Pius rescripsit.* Sed facilis est solutio, si conferatur hoc responsum cum altero ejusdem Ulp. in *l. 9. §. 1. eod.* ubi in eodem casu novam voluntatem desiderat ex ipso D. Pii rescripto, ibi: *Si hoc maluit miles.* Itaque in *laudato §. 2. legis 15.* per illa verba *si militis voluntas contraria non sit,* minus dixit, plus voluit Ulpianus, nimirum quod nova voluntas sit, & quod non sit contraria: quorum secundum duntaxat expressit.

TEXTUS.

Si adrogatus vel emancipatus fuerit miles.

5. Denique, etsi in adrogationem datus fuerit miles; vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet: nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

COMMENTARIUS.

1 Quamvis quod hoc loco & *l. 22. & seq. hoc tit.* proponitur, inter privilegia militaria referatur: idem tamen postea, neglecta subtilitate juris productum videtur ad veteranos jure communi de bonis castrensibus

testantes, *l. 1. §. 8. de bon. pos. sec. tab. l. 6. §. ult. de inj. rup. irr. fac. test.*

2, Quod ad HISPANIAM attinet, net disce ex iis, quæ memimus, *infr.* in *§. 4. quib. mod. testam., infrm.*

TEXTUS.

De peculio quasi castrensi.

6. Sciendum tamen est, quod, cum ad exemplum castrensium peculii, tam anteriores leges, quam principales constitutiones, quibusdam quasi castrensia dederant peculia, & horum quibusdam permissum fuerat etiam in potestate degentibus testari: nostra constitutio id latius extendens, permiserit omnibus in hujusmodi peculii testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

COMMENTARIUS.

1 **E**T horum quibusdam] Ante Justinianum aliquibus duntaxat filiisfamilias, ex iis qui peculium quasi castrense habebant, testari permissum, veluti Consulibus, Proconsulibus, Legatis & Præsidibus provinciarum, cæterisque in universum omnibus, qui positi erant in eminentiore aliquo dignitatis aut administrationis gradu: patronis vero causarum, agentibus in rebus, magistris liberarum artium, archiatris, & id genus aliis in tam ampla dignitate non constitutis, ea quidem, quæ hu-

hujusmodi operam Reipubl. navantes paraverant, plena proprietate concessa fuerunt, ut hæc etiam patre mortuo quæsi peculium quoddam castrense præcipere: ceterum jus de his rebus testandi iis datum non fuit, *l. ult. C. de inoff. test.* Hinc apparet, non satis validum esse argumentum, quo nonnulli filiisfamilias jus testandi defendunt etiam in peculio adven-

tio iis casibus, quibus plena ejus proprietate illis concessa est, de quo amplius *tit. proxime seq. in pr.*
2 *Testari quidam, sed jure communi] d. l. ult.* Quare filiisfamilias omnes qui quasi castrense peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex constitutione Justiniani, quod filiisfamilias veterani in peculio castrensi: jure autem militari testari non possunt.

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE

TESTAMENTUM.

Dig. Lib. 28. Tit. 1. Cod. Lib. 6. Tit. 22. (1).

1 **R**editus ad jus commune. Disseruit *tit. 10.* de forma & modo testandi, progreditur nunc ad personam testantis: quod est alterum ex tribus illis, quæ in omni testamento consideranda esse diximus sub *rubr. d. tit.* In persona testantis duo exiguntur: unum est, ut conditio sit civis Romanus: quod indicat primum & secundum caput legis Falcidiae, *l. 1. ad leg. Falc.* Proinde testamentum facere non possunt peregrini aut ad peregrinitatem redacti, ut deportati, *l. 8. qui test. fac. l. 1. §. 2. de legat. 3.* nec servi aut capti ab hostibus, *d. l. 8. §. ult. hoc tit. §. ult. infr. eod.* nec obsides, nisi eis permittatur,

l. 11. eod. (2). Ac ne is quidem, qui de statu suo, & conditione incertus, testari potest, *l. 14. & seq. eod.* Alterum est, ut sit sui juris, uno verbo paterfamilias de quo statim in *pr. hujus tit.*

2 Qui patresfamilias sunt, omnes testamentum facere possunt, exceptis iis, qui voluntatem suam recto certoque judicio significare aut exprimere nequeunt, de quibus in *§. 1. & 3. seqq.* nec non aliis quibusdam, quos lex ob delictum admissum aut apostasiam hæresimve nominatim testari vetat, *l. 18. §. 1. l. 26. hoc tit. l. 3. C. de apost. l. 4. C. de hæret. & Manich. l. 6. & auth. seq. C. de incest. nupt.* Olim omnes capitali cri-

(1) *Tit. 1. P. 6. a l. 13. & tit. 4. lib. 5. Recop. a l. 3.*

(2) *L. 16. tit. 1. P. 6.*

crimine damnati certo jure testamenti factionem amittebant, quoniam statim atque sententiam passim essent, libertatem & civitatem perdebant, *d. l. 8. §. ult. Ajo damnati*: nam si quis indemnatus, quantumvis post accusationem & in custodia decessisset, ejus testamentum valebat, *l. 9. hoc tit. uti & damnati* appellatione interposita, medioque tempore pendente appellatione testati & defuncti, *l. 13. §. ult. eod.* Quæritur autem, an novellis legibus, *novell. 22. cap. 8. item novell. 134. cap. ult. unde auth. Sed hodie C. de don. inter vir. & uxor. & authent. Bona C. de bon. proscript.* ab eo jure recessum sit? Nam his constitutionibus, & servitus pœnæ tollitur, & bona capite damnatorum non publicantur, extantibus liberis & parentibus. Sed tamen quia eis bona adimuntur, & in liberos vel parentes transferuntur, ne hodie quidem eos testari posse dicendum videtur.

3, IN HISPANIA testari permittitur peregrinis seu exteris, peregrinantibus, *l. 2. tit. 12. lib. 1. Recop.* uti etiam damnatis, ad mortem sive civilem sive naturalem, *l. 3. tit. 4. lib. 5. Recop.* Per damnatos autem ad mortem civilem, ne intelligas hic eos, qui servi fiunt, utputa libertos ob ingratitudinem iterum, in servitum redactos, *l. 18. tit. 1. P. 6.* sed illos duntaxat, qui perpetuo in metallum aut aliud opus publicum, vel in perpetuum carcerem condemnantur: uno verbo, qui capitis deminutionem mediam patiuntur. His

, enim exemplis AA. nostri utuntur in exponenda *d. l. 3. Azev.*, in ipsa *l. 3. num. 2. Gomez* in *l. 4. Tauri* (quæ eadem est cum *d. l. 3.*) *num. 3. Galind. in Phœn. lib. 3. tit. 3. §. 3. prop. 2. junct. lib. 2. tit. 2. §. 13. prop. 1. Sano*, non crediderim servum in Hispania testari posse: neque conditio servilis id patitur. Hanc, que fuisse mentem Auctorum, *d. l. 3.* ex eo patet, quod supponunt ita damnatos bona habere de quibus testentur, ibi, *Puedan testar de sus bienes*: hoc autem servis non quadrat. Adhæc, legibus Partitarum eis testari prohibetur, *l. 16. tit. 1. P. 6.* correctiones autem sine necessitate non admittendæ.

TEXTUS.

De filiofamilias.

Non tamen omnibus licet testamentum facere. Statim enim ii, qui alieno juri subiecti sunt, testamenti faciendi jus non habent: adeo quidem, ut quomodo parentes eis permiserint, nihil magis jure testari possint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, & præcipue militibus, qui in potestate parentum sunt: quibus de eo, quod in castris acquisierunt, permissum est et constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jure ab initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate Divi Augusti, quam Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani: postea vero subscriptione Divi

Ha-

Hadriani etiam dimissis a militibus, id est, veteranis concessum est. Itaque siquidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerunt: si vero intestati decesserint, nullis liberis, vel fratribus superstitionibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles, quæ in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse: sed scilicet proprium esse ejus, qui id in castris acquisierit: quamquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculii perinde in bonis parentum computentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet iis, quæ ex sacris constitutionibus, & præcipue nostris propter diversas causas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filiofamilias testamentum fecerit, inutile est, licet sue potestatis factus decesserit.

COMMENTARIUS.

I Qui alieno juri subiecti] Lex XII. Tab. liberam testandi facultatem civibus concedens præcise ac definite de patribusfam. locuta est. Extat intergrum legis caput apud Auctorem ad Herennium lib. 1. cap. 13. in Tom. I.

(1) L. 1. tit. 9. P. 6. vers. E pu ede.

hæc verba: Paterfamilias uti legassit super familia pecuniave sua, ita jus esto. Ex eo quod Decemviri hoc jus nominatim concesserunt patrifam. hoc est, civi Romano, qui sui juris est, satis intelligitur, idem eos filiofamilias permittere noluisse. Quinimo non potuerunt, nisi ridicule, testandi facultatem permittere iis, qui nihil suum habebant, de quo testari possent: quippe notum est, filiofamilias olim omnia parentibus, quorum in potestate erant, pleno jure acquisivisse: quæ etiam ratio, cur filiofamilias testari non possint, reddita est ab Ulpiano in *fragm. tit. 20. §. 9.* Hoc autem posito, filiofamilias jus testamenti faciendi non habere, consequens est, eos nec legatum aut fideicommissum relinquere, aut codicillos facere posse: quippe quæ iis demum permissa sunt, qui & testamentum condere possent, *l. 2. de legat. 1. l. 6. §. pen. de jur. cod. (1).*

2 Quamvis parentes eis permiserint] *l. 6. qui test. fac. poss.* Atque hoc etiam ut consecrarium ex superiori deducitur. Etenim permissio ista patris non efficit ut filiofamilias incipiat esse paterfamilias. Lex autem XII. Tab. non aliis, quam patribusfam. testandi potestatem concessit: eoque pertinet, quod Papinianus scribit in *l. 3. eod. Testamenti factio non privati: sed publici juris est*, hoc est, jus testamenti faciendi non privatorum auctoritate, sed jure publico & legibus cuique tribuitur.

3 An igitur filiofamilias nec mor-

B bb

tis

tis causa donare, volente patre, permittendum? Ita videri potest, cum mortis causa donationes per omnia fere ultimis voluntatibus comparantur, §. 1. *sup. de donat. l. ult. C. de mort. caus. don.* Placuit tamen posse filiumfam. permittente patre mortis causa donare, *l. 25. §. 1. de mort. caus. don.* nimirum, quia donatio mortis causa, etsi in plerisque jure ultimæ voluntatis censetur, in quibusdam tamen naturam negotii inter vivos & contractus habet, *l. 35. §. 3. eod.* maximeque in eo quod ad eam perficiendam traditione aut conventionione opus est, ut pluribus ostendimus in *d. §. 1.* ac proinde hætenus etiam eodem jure cum conventionibus haberi, hoc est, privatorum arbitrio regi debet, perindeque habendum, ac si pater ipse per interpositam filii personam donasset, in eoque usus esset filii ministerio, *l. 9. §. 2. de donat.* Atque hanc ob causam, etsi filii quoque persona in hac donatione spectatur, tum in ea perficienda, tum infirmanda; putare tamen, etiam patrem eam revocare posse, cum Bart. in *l. 2. §. 1. de donat.* Ang. & Jo. Fab. *hæc.* Nam quod traditum est de testamentis, ea non debere pendere ex alieno arbitrio, *l. 32. de hered. inst.* proptinus ad mortis causa donationes trahendum non est.

4 *Exceptis iis, quos antea enumeravimus* Qui scilicet castrensis & quasi; castrense peculium habent. In his enim bonis filiumfam. beneficio Principum testamenti factionem habuerunt, §. *ult. præced. tit.* & quoad cætera quoque

in hoc peculio plenissimo jure patrumfamil. usi sunt, *l. 2. de SC. Maced.*

5 *Quod jus ab initio tantum militantibus &c.* Refert Imperat. quibus gradibus ad summum ejus juris, quod filiumfam. in castrensis habent, perventum est. Initium ejus Augusto tribuit (Ulpianus Julio, *l. 1. de test. mil.*) progressum Nervæ & Trajano (Ulp. *d. loc.* etiam Titi & Domitiani meminit), patetque ex illo Juvenalis *satyr. ult. vers. 52.*

Solis præterea testandi militibus jus

Vivo patre datur &c.

sub Domitiano idem obtinuisse; consummationem Hadriano: quippe illi militantibus tantum, hic etiam veteranis, de eo, quod in castris acquisiverunt, cæteroque peculio, quod militiæ beneficio adepti sunt, *l. 11. de castr. pec. vivis parentibus*, quorum in potestate sunt, testandi facultatem dedit, ita ut quod antea solum militum erat, id bonorum privilegium rescripto Hadriani factum sit.

6 *Ad parentes eorum jure communi pertinet* Ut patet in peculio castrensi vivente filio nihil juris habuerit, ipsique filio concessum, in eo, quem velle, heredem sibi instituere; tamen diu jus verus hætenus patri conservatum fuit, ut filio intestato mortuo, jure peculii etiam bona castrensis ad patrem redirent, eademque hoc casu adhuc esset conditio castrensis peculii & pagani, nec in illo magis, quam in hoc filiumfamil. heredem ab intestato haberet, *l. 2. de castr. pec.*

Ho-

7 *Hodie ex novel. 118.* bona filiumfam. sive castrensis, sive pagana adventitia non amplius jure peculii, sed hereditatis patri deferantur; nec jam ordine tertio ut jure *Codicis*, sed secundo, ita ut cum eo mater simul, & fratres defuncti admittantur.

8 *Ex hoc intelligere possumus &c.* Subjiciuntur hæc quædam alia jura, quæ filiumfam. in castrensi peculio habet, & nimirum hæc tria: primum, quod hoc peculium ita filii proprium est, ut pater id ei adimere non possit: alterum superiori consequens, quod creditores patris id vendere aliove modo inquietare nequeant: tertium, quod patre mortuo, id filius præcipuum habet, nec cum fratribus communicare, aut his conferre cogatur. Quæ olim erant castrensis peculii propria; hodie vero castrensi cum pagano adventitio sunt communia.

9 *Præter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi* Quamvis non tantum castrense & quasi castrense peculium, sed quædam etiam bona filii adventitia ex constitutionibus patri non adquirantur; atque a Justiniano in universum adventitiorum omnium proprietates filio concessa sit: in duobus tamen istis generibus duntaxat jus testamenti faciendi ei permissum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cum, quod regulare est, filius tantum nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater usumfructum: sed cum sint quidam casus, quibus filio plena & solida proprietates acquiritur, an tunc

quidem de his bonis testari possit, non satis convenit. Casus unus jam tum erat, cum Institutiones componerentur. Nam in *l. ult. C. de bon. quæ lib.* sic a Justiniano constitutum est, ut si filio hereditas aut legatum fideicommissum delatum sit, & pater filio consentire nolit, ut hereditatem adeat, aut relicta agnoscat, filius propria auctoritate & patre invito id facere possit, & sibi hoc facto, quod relictum est in totum acquirat. Novellis constitutionibus plures hujusmodi species introductæ, quas retulimus *supra §. 1. per quas pers.*

10 An igitur ne his quidem casibus filio permissum de peculio adventitio testari? Sunt qui putant, permissum esse, & Triboniano hæc scribenti in mentem non venisse, *l. ult. §. 5. vers. filiis autem C. d. tit.* ubi Justinianus duntaxat eo casu, quo apud patrem ususfructus est, filium de bonis adventitiis testari non permittit: inde enim a sensu contrario colligunt, in altera specie adventitiorum id ei licere. Probabilis sane collectio, nisi ipse Justinianus postea mentem suam clare exposuisset. Nam cum hæc ipsa quæstio jam tum ætate Justiniani, nec multo post emissam *d. l. ult.* exorta esset, ipse nova constitutione edita dubitationi occurrit, quæ est *l. pen. C. qui test. fac. poss.* qua declarat, minime sibi in constitutione nuper a se promulgata propositum fuisse, filiumfamil. in bonis adventitiis permittere testamenti factionem, sive cum consensu sive sine consensu patris bo-

Bbb 2

na

na possideant, ac proinde sive nudam sive plenam eorum proprietatem habeant: sed in hoc antiquam legem per omnia servari jubet. Conferantur inter se constitutiones; perspicue apparebit, alteram alterius explicandæ, & *d. l. pen.* tollendi erroris gratia, cui verba §. 5. *d. l. ult.* causam dederant, scriptam esse. Non enim alia lex per eam, quam in *d. l. pen.* ait a se promulgatam esse, intelligi potest, quam in qua extat distinctio illa, cujus meminit, & ad quam se refert in *d. l. pen.* utrum scilicet filius bona possideat cum consensu, an sine consensu patris: at illa distinctio extat in una *d. l. ult.* nusquam alibi.

II Sed quid quærimus, amplius? Negat expresse in *d. l. pen.* se jus testandi filio permittere in bonis, quæ possidet sine consensu patris: atqui horum plenam proprietatem filio in *d. l. ult.* concesserat, neque erat tunc alius casus, quo ususfructus in hoc genere peculii ad patrem non pertinebat. Adhæc, jubet circa filiorumfamil. testamenta per omnia observari legem antiquam: nulla vero lege antiqua filiosfamil. testamentum facere permissum, præterquam de bonis castrensibus & quasi castrensibus. Neque concessio plenæ proprietatis mutat qualitatem peculii, quæ ex sola causa acquirendi æstinatur. Ridiculi autem sunt, qui per legem antiquam intelligunt ipsius Justiniani aliquam constitutionem, & nominatim illam ipsam, quam explicat *l. ult. C. de bon. quæ lib.* Non potnit, nisi absurdissimè,

(i) *L. 13. d. tit. 1. P. 6.*

me, antiquam appellare, quam initio *d. l. pen.* proficitur nuper a se promulgatam, nec ulla suas ipsius leges antiquas, cum nulla tunc esset biennio aut triennio vetustior. *Nov. 117. cap. 1. §. 1.* loquitur de dispositione inter vivos, & *nov. 22. cap. 6. vers. si vero* exaudienda est de filio emancipato.

12, IN HISPANIA filiosfamil., testari potest eodem modo ac si, a patris potestate fuisset liberatus, *l. 4. tit. 4. lib. 5. Recopil.*, (*5. Tauri*), quæ corrigit *l. 13. tit. 1. P. 6.* qua parte hæc contrarium, statuebat. De jure autem succedendi filio intestato *lib. 3. tit. 5.*, agemus.

TEXTUS.

De impubere & furioso.

I. Præterea testamentum facere non possunt impuberes: quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi: quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, & decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur: certe ea, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit (i).

COMMENTARIUS.

I Quia nullum eorum animi judicium est] Ait impube-

Quibus non est permissum facere testamentum. 381

berum nullum judicium esse, id est, nullum solidum, ac tale, quale requiritur in eo qui de omnibus suis rebus disponere cogitat. An igitur non saltem tutore auctore impuberi permittendum testamentum facere, uti potest eo auctore res suas alienare, hereditatem adire, bonorum possessionem petere, aliaque facere, etsi perfectum animi judicium requirant, ut hic etiam quod impuberis judicio deest, tutoris prudentia suppleatur? Nequaquam. Nam aliarum actionum periculum tutores præstant, & finita tutela earum rationem pupillis eorumve heredibus reddant: hujus vero reddere non possunt. Deinde testamentum non arbitrio alieno, non precaria, sed ipsorum testatorum prudentia fieri debent, ne quid temere & inconsulto per aliorum molimina in præjudicium familiarum & agnationis statuatur, & alieni potius, quam cognati; remotiores, quam proximi, hereditatem consequantur. Quin tutores, si hanc potestatem iis permitimus, semper operam dabunt, ut non alii, quam a quibus lucrum sperant, heredes instituantur.

2 Quo furor intermissus est] Furiosus per id tempus, quo furor intermissus est, testamentum jure facere potest, *l. 9. C. hoc tit. (1)*; quemadmodum & testis tempore intermissionis recte adhibetur, *l. 20. §. 4. hoc tit.* Cæterum, ut valeat testamentum, necesse est, ut id uno eodemque tempore remissionis perficiat: nam si cæpto te-

(1) *D. l. 13. tit. 1. P. 6. in verbis* Mientras que fuere des-

stamento & necdum perfecto, furor eum iterum invaserit, nihil actum est, etiamsi postea remissodenuo furore, id quod cœpit, perficiat, *d. l. 9.* Quid si proferatur testamentum conditum a furioso, quem certum est habuisse delucida intervalla, incertum autem sit, quo tempore id fecerit? Et si quidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfam. sanæ mentis sic dispositurus fuisse judicetur, pro testamento respondendum, & credendum intervalli tempore factum. Pertinet huc quod Valer. Maxim. *lib. 7. cap. 8.* refert de Tuditani hominis certæ ac notæ insanie testamento; quod a Centumviris confirmatum ait, *magis quid scriptum esset in tabulis, quam quis scripsisset, considerandum existimantibus.*

3 *Eo, quod ante fecerint, testamento valente] d. l. 20. §. 4. hoc tit.* Similiter nec interdictio bonorum succedens, nec auditus sermonisve amissio testamentum ante factum vitiant, §§. *seqq. l. 6. §. 1. l. 18. eod. (2).* Palam igitur est, his casibus unum duotaxat tempus inspici, facti scilicet testamenti: contra evenit quando mutatio quæ contingit, status mutatio est. Late hoc argumentum examinamus *infr. §. 14. de legat.*

4, IN HISPANIA testamentum, infirmabitur, si testatori contigerit maxima capitis deminutio: non autem si hæc media vel minima fuerit, per ea, quæ ex *ll. 3. & 4. tit. 4. lib. 5. Recop.*, nuper diximus in *rub. & pr. hoc tit.*

memoriado.

(2) *D. l. 13. vers. Pero si ante,*

TEX-

TEXTUS.

De prodigo.

2. Item prodigus, cui honorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id quod ante fecerit, quam interdictio bonorum suorum ei fiat, ratum est (1).

Hic textus planus omnino est.

TEXTUS.

De surdo & muto.

3. Item surdus & mutus non semper testamentum facere possunt. Utrique autem de eo surdo loquitur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit: nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Saepe enim etiam litterati homines variis casibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus & modis secundum normam ejus possint testari, aliaque facere, quae eis permessa sunt. Sed si quis post testamentum factum adversa valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilominus manet ejus testamentum.

In explicationem hujus textus recole quae diximus in §. 2. de milit. testam.

(1) D. l. 13. tit. 1. P. 6.

TEXTUS.

De caeco.

4. Caecus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex Divi Justiniani patris nostri introduxit.

COMMENTARIUS.

In caeco nihil est, ob quod testamentum facere prohibeatur: nam & testes accire ac rogare potest, & audire sibi testimonium perhibentes. Quapropter, & olim testamentum facere potuit, Paul. 3. sentent. 4. & nunc quoque potest. Caeterum forma nunc accuratior praescripta, & quaedam singularia in testamento caeci, ut fraus omnis, cujus hic major metus, evitetur, constituta sunt lege illa Justiniani, quae hic commemoratur, & extat l. 8. C. hoc tit. Sententia legis est, ut caecus heredem nuncupaturus (inoptum putavi monere, caecum non aliter quam per nuncupationem testari posse) praeter numerum testium ordinarium adhibeat & Tabularium, aut si Tabularii copia non sit, alium octavum testem, qui voluntatem nuncupantis scriptura excipiat, cui deinde testes omnes & Tabularius subscribant, eamque obsignent, uti fit in testamentis scriptis: aut si prius testamentum suum scripto comprehendendi curavit, ut Tabularius coram testibus eam scripturam palam legat, eaque lecta caecus testetur hanc suam voluntatem esse;

Quibus non est permisum facere testamentum 383

se; deinde omnes subscribant & signent. Ubi haec singularia notanda. 1. Quod non sufficiat voluntatis nuncupatio, nisi & scriptura accedat. 2. Adhibitio octavi testis, qui testamentum scribat, aut antea scriptum recitet. 3. Quod is testis debeat esse Tabularius publicus, si ejus copia est. 4. Omnium subscriptio & signatio.

2, **I**N HISPANIA, ut testamentum caeci valeat, quinque testes, adhiberi debent, l. 2. tit. 4. lib. 5. Recopil. (3. Tauri). An autem, necesse sit, ut hi quinque testes sint vicini seu incolae loci, in quo testamentum conditur & Tabellio adsit, non una est Interpretum sententia. Vide Azev. in d. l. 2. a num. 23. cujus sententia quae incolatum insuper habendum putat; Tabellionem, verò necessarium existimat, non bis placet: Anton. Gom. in d. l. 3. num. 52. tenet Tabellionem, necessarium non esse.

TEXTUS.

De eo, qui est apud hostes.

5. Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii: sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

COMMENTARIUS.

In Qui apud hostes est] l. 8. hoc tit. Ratio manifesta est: quia captus jure belli servus

fit hostium; ut autem testamentum consistat, necesse est testatorem jus testandi habere, cum testamentum facit; nec postliminio vitietur regula Catoniana. Sed nec obsides, nisi eis permittatur, testamentum facere possunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiscus eorum bona occupat, l. 11. hoc tit. l. 31. de jure fisc. Caetera quae in text. dicuntur de jure postliminii, & lege Cornelia, pendente ex iis quae diximus in §. 5. quib. mod. jus pat. pot. solv.

2, **I**N HISPANIA probata est sententia hujus §. in l. 6. tit. 29. P. 2. Caeterum cum nostrates Hispani duntaxat servitutem facti pati possimus per ea quae diximus in §. 3. de jure pers. nobis, in potestate Mahumedanorum, existentibus permittum erit testamentum condere. Vide D. Co. var. in cap. Peccatum, part. 2. §. 11. num. 6.

3, Illud quoque in Hispania speciale est, ut facultas testandi alteri committi possit. Is vero cui committitur non poterit, heredem instituere aut exheredare, ullamve substitutionem, seu meliorationem facere, aut tutorem descendantibus testatoris committentis dare, nisi ipsi specialiter concessum fuerit, & quidem ita in herede instituetur, ut persona heredis nominatim exprimenda sit a committente, l. 5. tit. 4. lib. 5. Recopil. (31. Tauri).

4, Debet autem hujusmodi commissarius uti facultate sibi concessa intra quatuor menses, si tempore concessionis, in lo-

, co ubi potestas conceditur, fuerit repertus: si vero alibi, in Regnis tamen Hispaniæ, sex menses habebit: & tandem annum integrum, si extra eadem Regna: quæ tempora etiam ignoranti currunt, l. 7. eod. Pro arbitrio tamen concedentis majus vel minus tempus concedi potest, Gomez in l. 33. Tauri (quæ eadem est cum d. l. 7.) n. 2. Matienz. in d. l. 7. gloss. 2. n. 3. alios plures laudans. Si commissarius prædicta tempora labi patiat, ejus potestas evanescit: ea tamen quæ speciatim committens, facienda expressit, pro factis habentur etsi non fiant, d. l. 7. in fin.

5, Neque potest commissarius testamentum a committente factum, in totum nec in parte revocare, nisi ei specialiter concedatur, l. 8. eod. (34 Tauri): uti nec factum a se ipso. Quinimo nec poterit postquam testamentum condiderit, codicillos facere vel ad pias causas, etiam si hujusmodi potestatem sibi reservasset, l. 9. eod. (35. Tauri).

6, Simili modo denegatur commissario potestas de bonis committentis disponendi ultra quintam eorum partem, nisi testator, eam ipsi expresse concesserit, quando ipse committens heredem instituerit, l. 11. eod. (37.

Tauri). Quando autem commissarius facultate sibi concessa usus non fuit, committentis bona ad heredes ipsius ab intestato pertinent, qui quintam illorum partem animæ committentis destinant, intra annum a die mortis ipsius numerandum, nisi fuerint hujus descendentes seu ascendentes legitimi, l. 10. eod. (36. Tauri).

7, Denique si defunctus neque heredem fecerit, neque potestatem concesserit illum instituendi, sed duntaxat ad testandum simpliciter, poterit commissarius debita quibus defunctus renebatur solvere; & his solatis, quintam bonorum quæ supersuat partem pro anima defuncti expendere: cætera bona ad cognatos defuncti qui ei ab intestato successuri erant pertinebunt: & iis non extantibus in causas pias defuncto utiles tribuentur; ita tamen ut committentis uxori tradantur ea quæ secundum leges Hispanas ipsi debentur, l. 6. eod. (32. Tauri). Vide Azev. in d. l. 6. præcipue a num. 33.

8, Hujus denique potestatis concessio eisdem solemnitatibus peragenda est, quas in testamentis ordinandis supra requiri diximus, l. 13. eod. (29. Tauri). Et quid quantum testator plures commissarios reliquerit, traditur in l. 12. eod. (28. Tauri).

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

D. Lib. 28. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 28. & 29. nov. 115. (1).

I Hactenus de personis, quibus jure publico potestas testamenti faciendi data aut denegata est: item de modo testandi, sive externis testamenti solemnitatibus comparatis ad firmandam testationis fidem: sequitur tertium, res, quas in ipso testamento inseri & caveri oportet, ut justum ratumque habeatur; quam intrinsecam testamenti solemnitatem appellare possumus. Estque duplex: una communis omnium testatorum, heredis scilicet institutio; altera quorundam duntaxat propria, & maxime parentum, qui liberos in potestate habent, videlicet eorum liberorum exheredatio, si ipsi heredes non instituantur: de quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, præcipiendum fuit, l. 30. hoc tit. de lib. & posth. her. inst. vel exher. Exheredare est: Eum, qui alioqui heres futurus erat, ab hereditate repellere (1). Et de solis suis heredibus proprie dicitur, qui nisi removerentur, ipso jure heredes existerent, & vivo adhuc patre quodammodo domini existimantur, l. 11. hoc tit. de extraneis per abusionem. Jure civili antiquo non erat in omnibus liberis,

Tom. I.

(1) Tit. 7. P. 6.

etiam iis, qui in potestate erant & sui heredes, exheredatio æque necessaria; nec ommissæ idem semper effectus: ritum quoque variabat pro sexu, pro gradu, prout nati jam liberi, aut nondum nati essent tempore facti testamenti: quæ omnia diligenter hic Imperator exequitur: deinde subjicit, quid ipse novi juris constituerit. Ad extremum agit de præteritione, quæ vim exheredationis habet.

2, IN HISPANIA heredis institutio necessaria non est ut testamentum valeat, l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop.

TEXTUS.

Jus vetus de liberis in potestate.

Non tamen, ut omnino valeat testamentum; sufficit hæc observatio, quam supra exposuimus: sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat, vel exheredem eum nominatim faciat: alioqui si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab in-

Ccc

(2) L. 1. d. tit. 7. P. 6.

io non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus, & aliis per virilem sexum descendantibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si non fuerant scripti heredes scriptæ, vel exheredati exheredatæ, testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstatur. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exheredari videtur si ita exheredatur: Titius filius meus exheres esto: sive ita: Filius meus exheres esto, non adjecto proprio nomine, scilicet, si alius filius non extet.

COMMENTARIUS.

I Refertur hic differentia, quæ in re proposita olim observabatur in sexu & gradu liberorum jam natorum. Meliore cæteris jure erat filius in potestate constitutus: siquidem hic solus a patre necessario, aut heres instituendus, aut exheredandus erat, ut testamentum subsisteret, quod alioqui jure civili prorsus inutile erat & nullius momenti, l. 30. hoc tit. & hoc text. Huic autem juri hæc sunt consequentia: Primum: quod etiam hic expressit Justinianus, ex tali testamento heredem non posse existere, etiamsi filius præteritus vivo adhuc patre decesserit, propter regulam Cætonianam, quæ sic definit: *Quæ institutio inutilis foret,*

si statim post testamentum factum decessisset testator, ea non debet ideo valere, quia diutius vixerit, l. 1. de reg. Cat. l. pen. de div. reg. jur. & generaliter, quod initio vitiosus est, non potest tractu temporis convalescere, l. 29. eod. Secundum: per hujusmodi testamentum non rumpi id, quod antea a patre legitime factum est, l. 7. hoc tit. §. 2. & pen. inf. quib. mod. test. inf. Tertium: non sustineri hoc testamentum ob id, quod pater filio legatum quantumvis amplum reliquerit: nam utrum filius præteritus sit, necne, non ex legatione, sed ex institutione aut exheredatione æstimatur, præteritique omnes in hac materia habentur, qui neque heredes instituti, neque ut oportet, exheredati sunt. Quartum: quod etiamsi filius vel ante testamentum vel in ipso testamento præteritus consenserit, nihilo tamen magis subsistere possit: quia forma paterni testamenti jure publico præscripta id modis omnibus exigit quod jus privatorum consensu mutari non potest, l. 3. qui test. fac. junct. l. 38. de pact. cum simil. Vid. tamen Ant. Fabr. C. suo de lib. præf. defm. 6.

2 *Exheredem eum nominatim faciat*] Non quævis exheredatio summovebat liberos ab hereditate patris, sed quæ rite facta esset; non rite exheredati pro præteritis habebantur, l. 8. §. 12. contr. tab. In ritu autem discrimen non faciebat sexus aut gradus, nisi quod hoc proprie in filio observandum erat, ut nominatim ex-

heredaretur, quod in reliquis non erat necessarium, ut statim audierimus.

3 *Sed non ita in filiabus, & aliis per virilem sexum descendantibus*] Non uti olim filio, ita & filia, aut nepote neptive ex filio (ex filia nati hæc non pertinent, §. ult. infr. eod.) præteritis, testamentum inutile erat: sed firmo manente testamento jus accrescendi ad certam portionem his dabatur, ut quasi & ipsi scripti scriptæ essent, numerum heredum augerent, l. ult. C. hoc tit. Ulpian. tit. 22. §§. 12. 15. & 16. Accrescebant autem hæc personæ heredibus scriptis cum damno, hoc est, portionem hereditatis accrescendo iis auferbant; ut longe diversum hoc jus fuerit ab eo jure accrescendi, quo res accrescunt: quod fit cum emolumento, cum scilicet non petentium partes accrescunt petentibus, seu portio omissa portioni agnitæ: de quo, volente Deo, tractabimus §. 8. infra de legat. Ad quam autem partem accrescerent, habes apud Ulp. in fragm. tit. 22. §. 17. & Paul. 3. sent. 4. §. 21.

4 *Licebat inter cæteros hoc facere*] Hoc modo: *Titius filius meus heres esto, cæteri exheredes sunt.* Effectus hic erat, ut ita exheredati exheredatæ scriptis heredibus non accrescerent, quod præteritis tribuebatur, nec a Prætoribus contra tabulas ad bonorum possessionem vocarentur, l. 8. contr. tab. in pr. Tantum supererat, ut testamentum inofficiosum

dicerent, si nec quartam debitæ portionis accepissent, l. 8. §. 8. de inoffic. test. Cæteras leges exheredationis, ut pure fiat, l. 3. §. 1. eod. (1), junct. l. 18. contr. tab. ut simpliciter, non ex certa, l. 19. hoc tit. (2), ut ab omnibus gradibus, d. l. 3. §. 2. & seqq. eod. vide D. Perez in C. hoc tit. num. 9. & 10. etiam in filiabus & natis ex filio locum habuisse existimo, iisque neglectis, non rite exheredationem factam, & pro præteritione habitam fuisse.

5 *Si alius filius non extet*] Nam si plures sint filii, benigna interpretatione potius a plerisque respondetur, nullum exheredatum esse, l. 2. hoc tit. Demonstratio autem ac definitio sufficit, quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater pepererit; veluti si ex Seja natum dixerit, alterve eum descriperit, vel cum convitio, l. 3. in pr. eod. (3). Nam sermo omnis, ut in universum dicam, quo dilucide designatur persona, de qua quis loquitur, exheredationem nominatim facit, arg. l. 34. de cond. & dem. Summa igitur discriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc est: quod præteritio filii testamentum infirmabat: quod non nominatim exheredatus pro præterito habebatur: at cæteri præteriti, manente testamento, scriptis heredibus accrescebant, & quamvis non nominatim exheredati, tamen si cætera observata essent, pro rite exheredatis habebantur.

(1) L. 3. tit. 7. P. 6.

(2) D. l. 3. in fin.

Ccc 2

(3) D. l. 3. tit. 7. P. 6.

TEX-

TEXTUS.

De posthumis.

1. *Posthumi quoque liberi, vel heredes institui debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod & filio posthumo, & quolibet ex cæteris liberis, sive feminini sexus sive masculini præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive postumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua posthumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed feminini quidem sexus personæ vel nominatim vel inter cæteros exheredari solebant: dum tamen, si inter cæteros exheredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ esse per oblivionem. Masculos vero posthumos, id est, filios & deinceps, placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredarentur, hoc scilicet modo: Qui-cunque mihi filius genitus fuerit, exheres esto.*

COMMENTARIUS.

1. **D**ictum est de liberis suis heredibus, qui tempore testamenti facti jam nati sunt: sequitur de posthumis. Hi autem proprie dicuntur posthumi: *Qui post mortem parentis nascuntur, l. 3. §. 1. de inj. rup. & irr. fac. test. Varro lib. 4. & Festus lib. 15.*

(1) L. 20. tit. 1. P. 6.

Sed in hoc, de quo tractamus; argumento, etiam illi: *Qui nondum nati sunt eo tempore, quo parens testamentum condit; quamvis eo adhuc vivo postea nascantur, l. 3. §. 1. l. 12. in pr. de injust. rupt. test. (1).* Inter hos & liberos jam natos tempore quo fit testamentum, quadruplex discriminis hic animadvertitur. Primum est: quod posthumis præteritis, cujuscunque gradus aut sexus sint, testamentum ab initio jure consistat (2), cum præterito filio superstite testamentum injustum sit & nullum, l. 1. & d. l. 3. §. 3. de injust. rupt. Secundum: quod posthumi omnes, sive masculi sive feminæ, si heredes non instituuntur, exheredandi sunt; præteriti agnascendo testamentum rumpunt & totum infirmant; filix autem natæ & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, sed scriptis heredibus ad certam portionem accrescunt, ut dictum text. præc. Tertium: quod posthumis filiabus inter cæteros exheredatis, pater aliquid legare cogitur, jam natis non item. Quartum: quod posthumi masculi non tantum primi gradus, sed etiam inferiorum, nominatim exheredandi sunt; quod non est necesse in nepotibus tempore testamenti natis.

2. *Valet quidem testamentum, sed postea agnatione rumpitur; Cur vero sexus & gradus non æque in posthumis distinguitur, ut in liberis natis; placetque non minus agnatione filix postumæ præteritæ aut nepotis, quam filii, testamentum rumpi? Nimirum cum benigne atque humaniter, quoad*

(2) D. l. 20. tit. 1. P. 6.

fieri potest, de parentum in liberos voluntate sentiendum sit; judicantur Consulti, testatorem vel ignorasse conceptionem, vel conceptum & nondum editum per oblivionem præterisse. Adhæc, incertum est; filius in utero sit, an filia.

3. *Abortum fecerit*] Hinc petenda ratio, cur posthumo præterito placeat testamentum ab initio valere: nimirum quia fieri potest, ut non nascatur, abortum faciente muliere, ex qua sperabatur, l. 2. C. de post. her. Atque hæcenus ergo nec pro nato habetur; frustra que objicitur, eum, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, pro eo qui in rebus humanis sit, haberi, l. 7. l. pen. de stat. hom. Nullum enim hic incommodum sentit, cum statim ut editus est, testamentum rumpat: & regula ista sic temperanda est, si modo postea nascatur; tunc enim fictione juris nati-vitas retrotrahitur. Quandiu vero quis in utero est, proprie nondum homo vel animal est, l. 9. §. 1. ad leg. Falcid. sed spes tantum animantis, l. 2. de mort. inf. nec in potestate patris antequam nascatur, l. ult. de collat. ac proinde qui mortuus editus est, neque natus, neque procreatus videtur, quia nunquam filius appellari potuit, l. 129. de verb. sign. Sed etsi mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, placet testamentum non rumpi, l. 3. C. de post. her. quia liberi non sunt, qui contra formam humani generis procreantur, l. 14. de stat. hom. (1).

(1) L. 8. tit. 13. P. 6. vers. E otrosí, l. 5. tit. 22. P. 4.

4. *IN HISPANIA, ut filius posthumus præteritus testamentum rumpat, necesse est, ut totus vivus nascatur, & insuetum per 24. horas vixerit, baptizatusque fuerit, aliter partus abortivus censebitur; uti dum nascitur filius eo tempore, quo naturaliter vivere nequit, quamvis tria modo laudata concurrant, l. 2. tit. 8. lib. 5. Recop. (13. Tauri). Quodnam autem sit hoc tempus discere ex l. 4. tit. 23. P. 4. Et nota insuper, nullò modo posse apud nos posthumum exheredari, l. 6. tit. 5. P. 5.*

TEXTUS.

De quasi posthumis.

2. *Posthutorum autem loco sunt & hi, qui in sui heredis locum succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes: ut ecce, si quis filium, & ex eo nepotem nepotemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, & eo modo jura suorum heredum quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium, vel heredem instituere, vel nominatim exheredare debet, ne non jure faciat testamentum: ita & nepotem neptemve ex filio*

necesse est ei vel heredem institueret, vel exheredare, ne forte eo vivo, filio mortuo succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi agnatione rumpat testamentum. Idque lege Julia Velleja provisum est: in qua similis exheredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.

COMMENTARIUS.

I Posthumi, de quibus egimus in §. *præcedent.* testamentum in quo præteriti sunt, agnascendo rumpunt. In hoc vero agitur de illis qui quasi agnascendo illud infirmant: quare eos quasi postumos appellare licet. Huc pertinent nepotes quos pater præcedit: qui post factum testamentum adoptantur (1): quæ in manum conveniunt: filius, qui ex prima secundave manumissione in potestatem patris revertitur, Ulpian. *tit. 23. §§. 2. & 3.* Est & posthumus Cornelianus: *Qui capto ab hostibus patre natus est in civitate*: de quo in *l. 15. de injust. rupt. test.* Descriptus fere ad verbum *hic locus* est ex Cajo *l. 13. de injust. rupt. test.*

2 In *sui heredis locum succedendo, quasi agnascendo*]. Nepotes præteriti, qui demum post factum testamentum nascuntur patre mortuo, avo testatore superstitute, non succedendo in locum patris & sui heredis, sed agnascendo testamentum rumpunt. Nascuntur enim sui heredes, non fiunt successione, & ideo pertinent ad §. *præced.* & ad caput primum

(1) *D. l. 20. tit. 1. P. 6.*

legis Vellejæ, quod Imp. *hic* non tangit. At illi, de quibus *hoc loco*, & in *d. l. 13.* sermo est, & scilicet, qui jam nati sunt, quo tempore avus testamentum facit, sed quibus pater & suus heres obstat, quominus & ipsi jura sui heredis habeant, illi, inquam, præteriti, si vivo adhuc avo patrum suus heres esse desierit, testamentum rumpunt succedendo; hoc est, subeundo locum patris prædefuncti aut emancipati; non agnascendo (quoniam agnasci proprie dici non possunt qui ante testamentum nati sunt), sed quasi agnascendo, propterea quod successione in locum sui heredis, sui heredes fiunt: nimirum quemadmodum velut posthumus aut posthumi loco habetur, qui in jus sui heredis succedit, ita & successio ejus velut quædam agnatio.

3 *Lege Julia Velleja provisum est*]. Legis hujus duo præcipua capita fuisse docet nos Scævola in famosa *l. Gallus 29. §. 11. & seqq. hoc tit.* quorum uno permissum fuit, institui postumos etiam alienos dummodo sui nascerentur, licet vivo adhuc testatore: altero cautum, ne nepotes in locum sui heredis succedentes testamentum rumperent, in quo ipsi instituti essent vel exheredati: cujus posterioris capituli explicatio a Justiniano *hoc loco* tradita est verbis Caji in *l. 13. de injust. rupt. test.* Nihil adhuc intelligimus, nisi sciamus, cur in eas res lata fuerit lex Velleja, & quid ea permiserit non permissum jure antiquiore. Exponam

au-

antem paucis, quid in re obscura sentiam. Cum lege XII. Tab. ita cautum esset: *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, *l. 120. de verb. sign.* hæc legis verba, *uti legassit*, sic Prudentes interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac judicio statuerit, decreverit aut imperaverit, quid de re pecuniæque sua post mortem suam fieri velit. Absurdum enim visum fuit, eam testatoris voluntatem jus facere aut ratam haberi, quæ nec consilio nec judicio certo regeretur. Hinc ex sententia legis persona incerta, hoc est, quam incerta opinione animo suo testator subiciebat, neque heres institui, neque legatum ex testamento capere poterat, §. 25. *infr. de legat.* Ulpian. *tit. 22. §. 3.* ubi & eandem hanc ejus rei rationem reddit, quoniam certum esse debet consilium testantis.

4 His porro consequens est, nec eum, qui in utero est, ex ejusdem legis sententia heredem potuisse institui, utpote qui & ipse persona incerta habebatur, propterea credo, quod incertum est, an nasciturus aliquando sit, necne; masculus, an femina; unus, an plures nascituri. Et quantum quoad legitimas hereditates posthumus pro jam nato semper habitus est, *l. pen. de stat. homin.* id tamen ob rationem, quam diximus, non obtinebat in hereditate testamentaria. Cum igitur ea ratione eveniret, ut sive institutus, sive exheredatus, sive præteritus esset is posthumus, qui suus heres testatori nasciturus erat, testamentum agnascendo rum-

peret, & in totum voluntatem testatoris everteret, paulatim disputatione fori introductum ad conservanda suprema hominum judicia, ut & in testamentaria successione posthumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur inter suos heredes futuri, & præteriti testamentum omnimodo rupturi essent, pro natis haberentur, instituique atque exheredari possent: quod Cajo quodammodo significat *lib. 2. tit. 3. §. 2.* ubi de institutione & exheredatione posthumorum agens ait, in ea etiam re legitime conceptos pro natis haberi.

5 In alieno posthumo nihil visum, cur a ratione juris veteris recederetur: quippe cujus institutio necessaria non est, cum natus testamentum nunquam rumpat. At enimvero quia fieri potest, ut qui tempore testamenti alienus est, suus tamen nascatur, atque ita rumpat (nam cum quæritur, an testamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, sed natiuitatis inspicitur), Gallus Aquilius induxit (non legem ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum observaverat, ostendens), posse etiam eos postumos, & nimirum nepotes, qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre, sui heredes avo nascerentur, heredes institui sine fraude ejus juris, quo placebat, postumos alienos heredes institui non posse. Quam in rem concepit hujuscemodi formulam: *Filius meus heres esto. Si filius meus vivo me morietur: tunc si quis mihi ex eo nepos post-*

mor-

mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, heres esto, l. 29. hoc tit. Dices, nepotem hic institutum esse posthumum alienum. Fatebor, si simpliciter consideretur ut posthumus, quia si tempore testamenti facti nasceretur, non esset suus heres avo testatori. Negabo, si ut posthumus Aquilianus, sive eo modo, quo a Gallo instituitur, qui institutionem hujus nepotis confert in id tempus, quo suus erit: ea vis est articuli tunc, quod temporis extremitatem significat, l. 4. §. 1. de cond. & dem. Hoc igitur modo consideratus, non alienus, sed suus est, & salva ratione juris veteris juxta formulam Aquilianam instituitur.

6. Adhuc posthumi vivo testatore nati institutio inutilis erar: atque ut utilis foret provisum est lege Velleja, cujus ea duo fuere capita, quæ modo retulimus n. 3. Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria, quæ in d. l. Gallus 29. extant, doctissimorum hominum; Salomonii, Goveani, Cujacii, Duareni, Alciati lib. 3. paradox. cap. 2. & seqq. Anton. Fab. lib. 9. conject. per tot. & multis capitibus lib. 10.

7. IN HISPANIA licet nepotes non sint in potestate avi, ut vidimus in §. 3. de patr. pot. instituenti vel exheredandi erunt, ab eo, si pater illorum, avo, vivente, decesserit; cum patris potestas insuper apud nos habeatur in hoc argumento, ut mox trademus in §. 5. hoc titulo.

TEXTUS.

De emancipatis.

3. Emancipatos liberos jure civili neque heredes instituire, neque exheredare necesse est: quia non sunt sui heredes. Sed Prætor omnes tam feminini sexus, quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari jubet; virilis sexus nominatim, feminini vero inter cæteros: quia si neque heredes instituti fuerint, neque ita (ut diximus) exheredati, promittit eis Prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.

COMMENTARIUS.

I Quia non sunt sui heredes] Liberi emancipati ex eunt e familia & potestate patris, §. 6. supr. quib. mod. jus pat. pot. solv. ac sui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt, l. 195. §. 2. de verb. sign. Itaque jus omne, quod in familia patris antea habebant, amittunt: desinunt esse sui heredes & agnati, quos solos ad successionem ab intestato lex vocat propter familiarum conservationem: denique pro alienis & extraneis jure civili habentur, l. 6. §. 1. de bon. poss. §. 3. infr. de her. qual. Quo posito sequitur nec ullam eo jure patri necessitatem imponi liberos emancipatos vel instituendi, vel exheredandi, eorumque præteritione testamentum injustum aut nullum non esse.

2 Prætor, si heredes non instituantur, exheredari jubet] Quamvis

vis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem, hoc est, emancipationem, desierunt esse sui heredes; tamen Prætor naturali æquitate motus, rescindit eorum capitis deminutionem, l. 6. §. 1. de bon. poss. Et si testamento facti præteriti sunt, pollicetur eis bonorum possessionem contra tabulas, l. 1. & passim de bon. poss. contr. tab. & cum suis quoque heredibus ab intestato eos vocat ad bonorum possessionem Unde liberi, d. l. 6. §. 1. Itaque cum effectu juris emancipati beneficio Prætoris tantum consequantur, quantum sui (bonorum enim possessio re ipsa & effectu juris ab hereditate nihil differt, l. 1. l. 2. de bon. poss.) ideo ait, jubere Prætozem emancipatos quoque liberos heredes institui aut exheredari. Et notandum, quod Jurisconsultus in d. l. 6. §. 1. eod. tit. ait, Prætozem rescindere eorum capitis deminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus, emancipatos non simpliciter ut emancipatos, sed sub colore quodam suitatis a Prætoze admitti, quasi de potestate nunquam exiissent. Etenim rescissa capitis deminutione quodammodo in integrum & in pristinum statum restituantur, fac. l. 3. §. 5. contr. tab. & ibi Glossa.

3, Quod ad HISPANIAM attinet, net vide quæ dicimus in §. 5. hoc tit.

TEXTUS.

De adoptivis.

4. Adoptivi liberi, quandiu Tom. I.

sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsitii. Itaque heredes instituendi, vel exheredandi sunt secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero a patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum Prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Quæ ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quandiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque heredes instituire, neque exheredare necesse sit: cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si a naturali patre emancipati fuissent.

COMMENTARIUS.

I Cum adoptio æque liberis adoptatis tribuat jus & nomen filiorumfamil. suorumque heredum, ac natura naturalibus, l. 1. & passim de adopt. consequens omnino est, ut & ipsi non minus, quam liberi naturales heredes institui debeant aut exheredari; atque ut præteriti idem jus habeant circa parentum testamenta infirmenda, quod naturales habent, l. 1. in pr. contr. tab.

2 Cum emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant &c.] Quoniam emancipati a patre adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, ne utriusque parentis successione fraudentur, voluit Prætor, eos suis familiae naturalis recuperare, l. 4. unde lib. hoc

Ddd

est,

est, eo jure haberi, ac si a vero & naturali patre emancipati essent, inque eo statu semper mansissent, ut nisi heredes instituti aut exheredati fuerint, bonorum possessionem contra tabulas petere possint. Nec interest, utrum qui a naturali parente in adoptionem datus sit, an qui emancipatus ab eo ipse se adrogari siverit, postea iterum a patre adoptivo emancipetur; dum tamen vivo adhuc parente naturali. Quod omnino addendum est, §. *at hi 10. Inst. de her. quæ ab intest. def.*

TEXTUS.

Jus novum.

5. *Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos, & feminas in hoc jure nihil interesse existimans: quia utraque persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiqua XII. Tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod & Prætores postea secuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus, & in filiis, & in filiabus, & in cæteris descendentes per virilem sexum personis, non solum jam natis, sed etiam posthumis introduxit, ut omnes sive sui, sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur: & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum, infirmamanda, & hereditatem auferendam, quem filii sui, vel emancipati habent, sive*

jam nati sint, sive adhuc in utero constituti, postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem, quæ in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.

COMMENTARIUS.

I Hucusque relatio juris antiqui: sequitur novum introductum constitutione Justiniani, quæ extat *l. ult. C. hoc tit.* qua ille constitutione sustulit veterem in re, de qua disputamus, differentiam sexus & gradus liberorum, natorum & posthumorum, jussitque omnes, sive mares sint, sive feminae, sive filii, sive nepotes, sive jam nati, sive adhuc nascituri, æquabiliter vel institui vel exheredari, sive de jure civili quærat, sive de jure prætorio. Triplicem autem hoc loco causam affert, qua motus novum hoc jus constituerit; quæ tamen in summa, una est, favor sexus feminei.

2. *Et in filiis, & in filiabus, & in cæteris, non solum jam natis, sed etiam posthumis.]* His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis, & formam exheredationis, quæ ratione sexus & gradus observabatur tam in liberis natis, quam posthumis, & in præcedentibus §§. relata est: & omnes liberi, qui primum locum occupant in familia vel instituendi vel nominatim exheredandi sunt, alias testamentum erit nullum si fuerint nati, vel rumpe-

l'im

l'im obtinebat in filiis, quorum jus commune factum est filiabus & nepotibus. Hæc autem exæquatio etiam jure prætorio observanda, & emancipatos complectitur, *d. l. ult. vers. sancimus, & seq. C. hoc tit.*

3. *Ut omnes sive sui, sive emancipati sint &c.]* Palam est, his verbis: *Ut omnes sive sui, sive emancipati, eundem habeant effectum, quem filii sui, vel emancipati habent*, non comparari emancipatos cum suis, sed cum filiis suis cæteros suos liberos; cum filiis emancipatis cæteros emancipatos eorumque masculorum liberos; cum sexu virili sexum femineum; cum gradu primo gradus inferiores: ac proinde non hoc velle Justinianum, ut emancipati sublata necessitate auxilii prætorii redigantur ad conditionem filiorum suorum; verum ut filia, nepotes, neptes, & deinceps per virilem sexum descendentes, redigantur ad conditionem filiorum, sui & suæ ad suorum, & jus quod illi habent jure civili; alii aliæ ad instar emancipatorum, & jus quod illi habent jure prætorio; ut sui suæve, præteriti præteritæve, aut nominatim non exheredati exheredatæve, ad instar filii sui testamentum ipso jure evertant; alii aliæve ad instar filii emancipati per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiantur: quibus fere verbis ipse Justinianus utitur in *di. sua constitutione, vers. sancimus*. In summa, hæc exæquatio a Justiniano facta non respicit personarum classes, sed

duntaxat personas in eis contentas: unde manent etiam hodie juxta se distinctæ tres liberorum classes, nimirum natorum, posthumorum, & emancipatorum: nulla vero distinctio superest inter ejusdem classis personas, sed omnes in propria classe eodem jure censentur, ac olim liberi masculi primi gradus.

4. *Circa adoptivos certam induximus divisionem.] l. pen. C. de adopt. cujus sententia refertur §. 2. supra de adopt.*

5. *IN HISPANIA* instituendi, vel nominatim exheredandi sunt, descendentes seu liberi testatoris quos nemo præcedit, sive in potestate existant, sive extra eam, *l. 3. tit. 7. P. 6. l. 1. tit. 8. ead. P.* iisque præteritis testamentum nullum erit, *d. l. 1. l. 10. tit. 7. ead. P.* Sed & ascendentes similiter instituendi vel exheredandi sunt, *d. l. 1. descendentes tamen non extantibus, l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop.* quæ eadem est cum *l. 6. Tauri*. Vide *Gom. lib. 1. var. cap. 11. n. 36.*

6. *Hodie tamen post leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recop.* in qua validum pronunciat testamentum heredis institutionem non continentem, probabilius videtur sustinendum esse testamentum, in quo testator cum liberis decedens, nullum omnino heredem scripserit; quasi hoc casu liberi ipsi instituti videantur, debeantque legata præstare, quantum eorum legitimam non minuunt: proindeque manebunt firmæ memoratæ tertii & quinti in eo factæ alicui ex descendentes,

Ddd 2

, ut

, ut expresse statuit *l. 8. tit. 6. lib. 5. Recop. (24. Tauri)*. Hæc ita intellige, nisi testator ignorans descendentem præterierit: tunc etenim testamentum corruebat, ret quoad omnia, ex defectu voluntatis testatoris, ut bene probat Gom. in *d. l. 24. num. 3.* Vide, atque huc accommoda ea, quæ de milite prætereunte liberos suos dicimus *infr. §. seq. hoc tit. num. 2.* Si vero heredem instituerit alium, præterito decessentis vel ascendentis cuiusvis, qui testatoris fuerit necessarius heres (juxta ea, quæ in *titulo de heredum qual. & dif. trademus*), non patietur testamentum subsistere: quia in casu isto correctæ non sunt *dd. Partitarum leges*, quæ ob præteritionem liberorum testamentata declarant nulla, Matien. in *d. l. 1. gloss. 10. n. 49.* Pichar. in *§. igitur quartam de inoff. testam. a num. 24.* & præcipue *num. 26.* Ayllon ad Gom. *lib. 1. var. cap. 11. n. 2.* Vide Molin. *de Hispan. primog. lib. 2. cap. 15. num. 16.* cum *seqq.* De adoptivis agimus *infra §. 7. hoc tit.*

TEXTUS.

De testamento militis.

6. *Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos, vel posthumos nominatim non exheredaverit, sed silentio præterierit, non ignorans, an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta vale-*

re, constitutionibus Principum cautum est.

COMMENTARIUS.

I **M**ilitibus jure militari constantibus seu in expeditione occupatis, ut ait *textus*, non solum remissæ sunt solemnitates illæ externæ, numeri testium, rogationis, obsignationis, subscriptionis, contextus, quas cives omnes jure communi testamentum facientes observare tenentur: sed etiam intrinseca hæc, quæ ad parentes testantes pertinet, liberorum scilicet vel institutio vel exheredatio; placetque, præteritionem militis, dum non ignoret se liberos habere, aut uxorem prægnantem esse, obtinere vim exheredationis, *l. 9. & l. seq. C. de test. mil.* ad quem effectum respiciens Ulpian. dixit, militem silentio exheredare, *l. 12. de bon. libert.*

2. *Non ignorans, an habeat liberos*] Quod militis præteritio pro exheredatione habeatur, voluntati ejus tributum est, quæ sola testamentum sustinet & pro jure servatur, *l. 1. de test. milit.* Ut autem voluntas exheredandi obscura non est, ubi quis scit se habere liberos, iisque silentio præteritis alios heredes instituit; ita contra deesse illa voluntas intelligitur, ubi cum id nesciret, forte quod falso rumore perlatum esset, eos in rebus humanis esse desiisse, alios scripsit. Quod ex communi parentum omnium erga liberos affectu sumitur, quasi, quod omnino credendum est, si scivis-

set

set se habere liberos, eos ipsos, non alios sibi heredes scripturus fuisset, *d. l. 9. & l. seq. C. eod. tit.* Quapropter pro diversitate liberorum per ignorantiam a milite præteritorum, aut testamentum hoc nullum dici poterit, aut rescindetur remedio prætorio, aut rumpetur agnatione, & in tantum, ut nec legata ex eo præstanda sint, *l. 36. §. 2. de test. milit.*

TEXTUS.

De testamento matris aut avi materni.

7. *Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere, aut exheredare: sed possunt eos silentio omittere: nam silentium matris aut avi materni, & cæterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exheredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto Prætoris, quo Prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.*

COMMENTARIUS.

I **Q**uod militis præteritio vim exheredationis habet, ex privilegio est: quod matris & avi materni, facit liberorum conditio, qui matri & avo materno jure ci-

vili pro extraneis sunt, *§. 3. infr. de her. qual.* Nimirum lex civilis, quæ magis familiarum conservatorem spectavit, quam naturam, non eodem modo materna bona liberis addicit, ut paterna; non sic filius maternæ quoque dotis, viva adhuc ea, dominus quodammodo existit, uti bonorum patris est. Quapropter si eam alium heredem instituat filio præterito, nullam, quod ad eam legem atinet, injuriam filio facit, cum suum ei non adimat. Igitur quia mater suos heredes non habet, & nepotes ex filia non sunt sui heredes avo, ideo silentium matris & avi materni tantum facit, quantum exheredatio patris. Et hoc, etiamsi ignoraverint se liberos habere, contra quam in milite prætereunte jus est, *l. 27. §. ult. & l. seq. de inof. test.*

2. *Sive de edicto Prætoris*] Sed neque Prætor ad bonorum possessionem contra tabulas admisit præteritos a matre: quia non potuit eis aptare colorem suitatis, sub quo emancipatos a patre ad hujus successionem vocavit, *l. 6. §. 1. de bon. poss.*

3. *Aliud eis adminiculum servatur*] Potuisset totidem verbis adminiculum istud indicare. Intelligit autem querelam inofficiosi testamenti. Agitur de hoc remedio seu adminiculo *infra tit. 18.*

4. *IN HISPANIA*, cum jus succedendi parentibus, eorumque testamenta infirmandi concedatur liberis sub naturali & generali nomine *descendentium, l. 3. tit. 13. l. 3. tit. 7. l. 1. tit. 8. P. 6. & l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop.*, in-

, incognita est distinctio, quam
, jus Romanorum faciebat inter
, descendentes ex masculis & fe-
, minis, quibus proinde eadem ne-
, cessitas instituendi vel exhere-
, dandi liberos suos iungitur, ac
, masculis. Eademque ratione na-
, turalis pater instituere vel exhe-

, redare tenebitur filios, quos in
, adoptionem dederit; qui simul
, instituendi vel exheredandi erunt
, a patre adoptivo, si fuerit hic
, eorum ascendens, l. 10. tit. 16.
, P. 4. non alias, l. 9. eod. In pa-
, tre adrogatore necessitas vige-
, bit, ut in naturali, l. 8. eod.

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

Dig. Lib. 28. Tit. 5. Cod. Lib. 6. Tit. 24. (1).

I DICTUM haecenus de iis
rebus, quas parentes
cavere debent & testamento suo
complecti, si id justum ratumque
esse velint: sequitur nunc ipsum
testamenti formale, heredis scilicet
institutio. Ea caput & funda-
mentum testamenti esse dicitur in
§. 34. *infra. de legat.* propterea
quod sine ea testamentum consi-
stere non potest. Dicitur & testa-
mentum ex ea sola robur ac fir-
mamentum capere, quia ad vim
testamenti nihil aliud requiritur,
quam ut quis heres institutus sit:
utique extra necessitatem insti-
tuendi aut exheredandi certas per-
sonas. Inde dictum, eum, qui ne-
que legaturus quid est, neque
quenquam exheredaturus, posse
tribus verbis testamentum facere,
ut dicat: *Lucius heres esto, l. 1.*
§. 3. *hoc tit.* Heredem instituere
est: *Scribere vel nuncupare te-*

stamento, quem tibi velis bono-
rum & universi juris successo-
rem esse (2). Quibus verbis insti-
tutio fiat, parum refert, modo
per ea liqueat voluntatis intentio,
l. 15. *C. de testam.* (3): quo loco
Constantinus abrogat differentiam,
quam faciebat antiquitas inter ver-
ba directa & inflexa, auctore Ul-
piano *tit. 21.*

2, IN HISPANIA, jam supra
diximus in *rubr.* & §. 5. *pre-*
ced. tit. non esse necessariam
heredis institutionem, ut testa-
mentum valeat, ex l. 1. *tit. 4.*
lib. 5. Recopilat.

TEXTUS.

Qui possunt heredes in-
stitui.

Heredes instituere permissum
est tam liberos homines, quam

(3) L. 6. eod.

servos; & tam proprios, quam
alienos. Proprios autem olim qui-
dem secundum plurimum sententias
non aliter quam cum libertate re-
cte instituere licebat: hodie vero
etiam sine libertate ex nostra con-
stitutione eos heredes instituere
permissum est (1). Quod non per
innovationem induximus, sed quo-
niam equius erat, & Attiliano
placuisse Paulus suis libris, quos
tam a Masurium Sabinum, quam
ad Plautium scripsit, refert. Pro-
prios autem servos etiam is in-
telligitur, in quo nudam proprie-
tatem testator habet, alio usum-
fructum habente. Est tamen ca-
sus, in quo nec cum libertate uti-
liter servus a domina heres insti-
tuitur, ut constitutione Divorum
Severi & Antonini cavetur, cujus
verba haec sunt: Servum adulte-
rio maculatum, non jure testa-
mento manumissum ante senten-
tiam ab ea muliere videri, quae
rea fuerat ejusdem criminis postu-
lata, rationis est. Quare sequitur,
ut in eundem a domina collata
heredis institutio nullius momenti
habeatur. Alienus servus etiam is
intelligitur, in quo usumfructum
testator habet.

COMMENTARIUS.

I Tam liberos homines, quam
servos] Inversio est: nam
dicendum potius erat, *tam ser-*
vos, quam liberos; quomodo hoc
expressit Cajus l. 31. *hoc tit.* quo-
niam de liberis res certior. De li-
beris autem hominibus nihil am-
plius hic traditur, quam quod he-

redes institui possunt. Et an er-
go possunt omnes promiscue & si-
ne exceptione? Nequaquam. Nam
primum illi soli ex hominibus li-
beris institui possunt, qui sunt ci-
ves Romani. Sed nec qui cives
sunt, omnes institui aut olim pot-
erant, aut nunc possunt. Lege Vo-
conia cautum erat, ne qui census
esset, virginem, neve mulierem
supra quadrantem suorum bono-
rum heredes institueret, Cic. *Ver-*
rin. 3. de praet. urb. & in *orat. pro*
Balb. Dio lib. 56. Gell. lib. 20.
cap. 1. Lege Julia de maritandis
ordinibus vetabantur coelibes, nisi
qui genere essent proximi, quic-
quam ex testamento civis Roma-
ni capere, Ulpian. *tit. 22. §. 3.*
ita tamen, nisi intra centum dies
legi parerent, hoc est, matrimo-
nium contraherent, idem Ulpian.
tit. 17. Eadem lege vetabantur or-
bi plus capere ab extraneo, quam
dimidiam partem eorum, quae re-
licta erant; pars altera fiebat ca-
duca, id est, fisco cedebat. Lege
decimaria non amplius conjugii ex
conjugis testamento capere lice-
bat, quam relictorum partem dec-
imam, idem Ulpian. *tit. 15.* &
seq. Hinc natae cautiones illae de
instituendis in tempus capiendae
hereditatis iis, qui vel omnino
quicquam, vel solidum ex testa-
mento capere legibus istis prohi-
bebantur. Vid. l. 62. l. ult. *hoc tit.*
cum *simil.* quae nisi hinc lucem ac-
cipiant, intelligi non possunt. Post-
ea poenae coelibatus, orbitatis &
legis decimariae sublatas sunt l. 1.
& l. 2. *C. de infirm. pen. coelib.*

2. Qui autem incestis nuptiis
sese.

(1) L. 1. d. tit. 3. P. 6.

(1) Tit. 3. P. 6.

(2) L. 1. d. tit. 3. P. 6.

sese polluerunt, illi nec hodie, aut se mutuo, aut propudiosam sobolem instituere possunt, l. 6. C. de incest. nupt. nec mulier adulterum suum, aut hic illam, l. 13. l. 14. de his quæ ut indign. Liberi naturales ex concubina nati, ex Justiniani nov. 89. cap. 12. unde auth. Licet C. de nat. lib. uncam tantum unciam ex patris testamento capere possunt, si superstites sint liberi legitimi: octo uncias, si soli superstites testatori parentes. Constitutione Leonis & Anthemii vetatur conjux conjugi secundo plus relinquere, quam uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem cui minimum relinquit, l. 6. C. de sec. nupt. Porro Principam Christianorum constitutionibus vetantur heredes institui apostatæ, l. 3. C. de apost. item hæretici, l. 4. C. de hæret. & Manich.

3 Et tam proprios, quam alienos] Cum servis qua servis non est testamenti factio, sed quatenus per eos hereditas perventura est ad cives Romanos, aut ipsi cives futuri. Igitur in servo alieno persona domini spectatur, & sustinetur institutio, si dominus civis Romanus sit, & jus capiendæ hereditatis habeat, perinde quasi ipse per servum institutus esset, l. 31. hoc tit. (1). Quod si mihi cum domino non sit testamenti factio, quia capere ex meo testamento vetatur, nec cum servo ejus erit; vide tamen quæ notamus ad §. 4. infr. de her. qual. & diff. In servo autem proprio institutio eadem ratione defendi non potest, ut scilicet dicamus, eam

sustineri ex persona domini; quippe qui ipse testator est: sed aut nulla erit, aut si eam valere volumus, necesse est, ut simul consequatur libertatem.

4 Olim non aliter, quam cum libertate, hodie etiam sine libertate] Plerique veterum in ea sententia fuere, ut putarent, servum proprium non aliter recte heredem institui, quam cum libertate, non ausi per consequentiam datæ hereditatis libertatem servo defendere ob rationem, quam indicavimus supr. qui & ex quib. causis manum. §. 2. Justinianus vero etiam ommissa libertatis datione institutionem valere voluit, & perinde haberi, ac si simul liber esse jussus esset, l. pen. C. de nec. serv. her. quod cum humanitas & favor libertatis suadet, tum etiam voluntati testatoris consentaneum est: quippe qui hoc ipso quod servum suum heredem esse vult, non obscure significat, velle se etiam, ut liber sit (2); cum absque eo nec hereditatem obtinere possit.

5 Quod non per innovationem] Supra tamen §. 2. qui & ex quib. caus. man. profiterur, se id nova humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo sensu verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos & Atilicinus fuit, quibus jam olim, quod hic constituitur, placuit. At novum jus constituit, quatenus spectamus id, quod receptum erat ex plurium sententia, qui negabant, servum proprium sine libertate heredem institui posse, Ulpian.

tit.

tit. 22. §. 7. & 12. & sententiæ istius abrogationem.

6 Proprius autem servus etiam &c. in quo nudam proprietatem] (1). Servus proprius vel in solidum est sive unius domini proprius, vel pro parte & pluribus proprietate communis: & iterum vel proprius est pleno jure, vel nuda tenus proprietate. Post constitutionem Justiniani in l. 1. in pr. & §. 1. C. de com. serv. man. & §. ult. sup. de donat. certum est, servum communem, quem unus e dominis & liberam & heredem esse jussit, & libertatem, & hereditatem consequi, pretio partis, quam alter in eo habet, oblato (2). Idemque potiore jure dicendum de servo manumisso a domino qui nudam ejus proprietatem habet.

7 Est tamen casus &c.] Refertur hic ex l. 48. §. 2. hoc tit. casus singularis, quo servus proprius heres institui non potest, ne cum libertate quidem, cui locus est in muliere adulteri postulata. Hæc prohibetur servum suum suspectum criminis ante finitam cognitionem manumittere (3).

8, IN HISPANIA heredes posunt institui quæcunque universitates, & personæ, quæ non reperiuntur prohibita, l. 2. tit. 3. P. 6. Prohibentur autem deportati seu in perpetuum exules, & qui in perpetuum quoque in metallum vel opus publicum damnati sunt; his tamen legari potest, l. 4. eod. Similiter prohibentur institui hæretici, apostatæ, &

Tom. I.

(1) L. 23. tit. 31. P. 3.
(2) L. 23. tit. 3. P. 6.

confraternitates seu collegia, quæ contra jus vel Principis voluntatem sunt condita, d. l. 4. Etsi vero hac l. 4. ubi hi, qui sunt prohibiti recensentur, nulla de Judæis nec Mahumedanis mentio fiat, eos quoque prohibitos, esse apparet ex l. ult. tit. 7. d. P. 6. vers. Esso mesmo.

9, Filii naturales testatoris vel testatricis etsi fuerint legitimi per scriptam Principis, non poterunt a parentibus institui heredes, si his filii legitimi, vel legitimi per subsequens matrimonium extiterint; quens matrimonium extiterint, poterunt tamen parentes quintam bonorum partem illis relinquere, l. 7. l. 10. tit. 8. lib. 5. Recop. (l. 9. l. 12. Tauri). Non extantibus vero filiis legitimis, aut per subsequens matrimonium legitimatis, bene poterunt naturales a parentibus institui, quamvis horum ascendentes supervixerint, d. l. 7. l. 8. eod. De filiis spurciis idem dicendum est, ac de naturalibus, quoad successionem matris; nisi ex damnato & punibili coitu fuerint nati, quibus mater quintam duntaxat bonorum partem relinquere valet, ut de naturalibus diximus, quando existunt legitimi. Coitus damnatus & punibilis ille dicitur: Qui pœna mortis punitur, d. l. 7. A successione autem patris ita exclusi sunt spurci, ut quintam tantum bonorum partem eis pater relinquere valeat, & quidem alimentorum causa, si egeant: non alias, ut bene

Eee

(3) L. 3. d. tit. 3. P. 6.

pre-

(1) L. 2. tit. 3. P. 6.

(2) L. 3. eod.

, probat Gutierr. lib. 3. pract. quest. 94. ex l. 9. cod.

io, Et demum qui ex Clericis, Monachis aut Monialibus, professis fuerint orti, nec a parentibus, neque a cognatis eorum institui, vel quicquam ullo titulo capere poterunt, d. l. 7. l. 6. eod. Per Clericos autem, eos intellige, qui in sacris ordinibus constituti filios susceperint: non alios, Azev. in d. l. 6. m. 3. & 4.

ii, Sed & qui testatoris confessione exaudit, prohibetur capere quod ei a testatore in ultima infirmitate sit relictum: quæ prohibitio cognatos quoque, confessarii & Ecclesiam seu Religionem, cui iste adscriptus est, respicit, senat. 3. tit. 10. lib. 5. Recop. confirmato denuo lege edita an. 1771. in qua instrumentum hac occasione confectum, nullum pronunciat, & privationis sive amissionis officii pœna in Tabellionem, qui illud confecerit, statuitur. Prohibitionis causa ibidem tradita est, ut obvietur fraudibus & suggestionibus, quibus hujusmodi dispositiones extorquentur, & conscientie infirmorum turbantur.

TEXTUS.

Si servus in eadem causa manserit, vel non.

1. Servus autem a domino suo heres institutus, siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, heresque ei necessarius. Si vero a vivo testa-

tore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hereditatem potest: quia non fit heres necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, & ea ratione per eum dominus fit heres: nam ipse alienatus neque liber, neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit: destitisse enim a libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres instituitur, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hereditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire potest hereditatem.

COMMENTARIUS.

I Quæ hoc textu traduntur clara sunt. Nota tamen, quod licet persona domini in servorum institutionibus inspiciatur, ut sit cum ea testamenti factio, quadantenus etiam personæ servi habetur ratio, ut & in legatis, l. 82. §. 2. de legat. 2. l. 82. de adq. vel omitt. hered.

TEXTUS.

De servo hereditario.

2. Servus etiam alienus post domini mortem recte heres instituitur: quia & cum hereditarius

ser-

servi testamenti factio est (1). Nondum enim adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti: cum etiam ejus, qui in utero est, servus recte heres instituitur.

COMMENTARIUS.

I Non heredis futuri, sed defuncti] Hoc totidem quoque verbis traditur in l. 34. de adq. rer. dom. alibi simpliciter dicitur, hereditatem obtinere defuncti locum, l. 31. hoc tit. & infr. de stip. serv. in pr. Apud Pomponium tamen contra scriptum legimus, hereditatem interim sustinere personam heredis, l. 24. in fin. de novat. quod & ratio juris efficere videtur. Siquidem qui postea heres extitit, ex mortis tempore defuncto successisse intelligitur, sive quod idem valet, retro agitur hereditas, quamvis postea adita, & cum tempore mortis continuatur, l. 138. de div. reg. jur. Videamus, an non utrumque recte dici possit, hereditatem representare & personam heredis & defuncti, diversa consideratione. Etenim si eventum spectamus aditæ hereditatis, persona heredis representari recte dicitur (2): hac enim consideratione servus hereditarius recte stipulatur heredi futuro, l. 35. de stip. serv. nullamque vim habere dicitur stipulatio servi hereditarii, nisi adita sit hereditas, l. 73. §. 1. de verb. obl. item per servum acquiri hereditati, ac per hoc etiam heredi

postea factio, infra de stip. serv. in pr. At si inspicimus tempus illud, quo servus hereditarius heres instituitur, nimirum jacentis hereditatis, si actum valere volumus, necesse est, dicamus, hereditatem sustinere personam defuncti: neque enim actus in suspensio esse potest; & incertum est, an is, qui scriptus est, unquam heres exiturus sit: id Cajus significat l. 33. §. ult. de adq. rer. dom. cum ait, quoties servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, actum ex persona defuncti vires sumere. Eademque consideratione Paulus in l. 52. hoc tit. servum hereditarium institui posse ait, si modo testamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum herede instituto non sit. Et igitur hereditas, qua jacens considerata, defunctum representat; adita, retro videtur representasse personam heredis.

TEXTUS.

De servo plurium.

3. Servus autem plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus heres, unicuique dominorum, cujus jussu adierit, proportionem domini acquirat hereditatem (3).

COMMENTARIUS.

I DE servo communi herede instituto ab uno ex dominis egimus in explicacione pr.

See 2.

hu-

(1) L. 2. tit. 3. P. 6.

(2) L. 2. tit. 3. P. 6. in fin.

(3) L. 25. tit. 3. P. 6.

hujus tit. sub fine: hic agitur de servo plurium, qui heres institutus est ab extraneo. Ait, hunc servum unicuique dominorum, cujus jussu adierit, hereditatem acquirere, idque non pro parte virili, sed dominica. Jussum domini præcedere debere constat, ac sine eo servum hereditatem adeundo nihil agere: de quo sub §. 3. *supr. per quas pers.* Quid ergo, si unius jussu adierit? Ne sic quidem hunc interim pro majore parte quam dominica heredem faciet: cæterum sociis postea non jubentibus adire, tacito jure partes ei accrescent, l. 67. *de adq. her.*

TEXTUS.

De numero heredum.

4. *Et unum hominem, & plures usque in infinitum, quot quis heredes velit, facere licet.*

COMMENTARIUS.

I *Usque in infinitum*] Infinitum accipe pro infinito incertoque heredum numero, non pro multitudine, quæ extremis careat; quomodo & alibi sæpe hoc verbum usurpatur, l. 68. §. 1. *de rei vind.* l. 4. §. 2. *de in lit. jur.* Sensus igitur hujus §. est, posse testatorem tot heredes instituire, quot ei placuerit: nimirum certum numerum heredum instituendorum nemini lege præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti. Inepti autem sunt, qui ex hoc loco colligunt, posse quem instituire omnes

homines, qui in mundo sunt. Talis enim institutio exitum reperire non potest, neque est hominis, qui suæ mentis est compos. Vid. Gom. 1. *variar. resol.* 2. num. 2. Plane illud crediderim defendi posse cum D. Viglio, Rempubl. institutam videri, si quis simpliciter cives universos instituerit, & valere hujusmodi institutionem, quando permissum est Rempubl. aut civitatem heredem instituire. Non enim idem hic semper jas obtinuit. Legimus, Reges aliquot exteros populum Romanum sibi heredem instituisse. An autem & quando Respublica heres institui poterit, legatumve ei relinquere, tractabimus *infr.* §. 25. *de legat.*

TEXTUS.

De divisione hereditatis.

5. *Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem, utputa hæc: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot uncia assis efficiunt, quot testator voluerit, & si unum tantum quis ex semisse (verbi gratia) heredem scripserit, totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et e contrario potest*

De heredibus instituendis.

quis in quantascunque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere (1).

lus alius numerus in tot partes tam commode dividatur. Loetus Galeni integer refertur a Duareno.

COMMENTARIUS.

I *Sequitur pars altera hujus tit.* in qua agitur de eo, quod vel unus vel plures heredes scripti ex ratione juris, & voluntate testatoris consequantur: quæ res ut commodius proponi & perfectius intelligi possit, ante docere voluit, in quot partes hereditas plerumque dividatur, civili scilicet & solemnibus distributione, earumque partium nomina indicare, quo ea in numero habent studiosi disciplinæ juris; idque fecit verbis Ulpiani in l. 50. §. ult. *hoc tit.*

2 *In duodecim uncias, quæ assis appellatione*] As in re nummaria est: *Minimus æris nummus.* Hinc illa: *Ad assem reddere: Ad assem omnia perdere.* Cum sermo est de ponderibus, de divisione hereditatis aut fundi significat *Solidum* (id est, totum quid sive integrum) *constans ex duodecim uncias*; est nimirum idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa: *Ex asse possidere, l. pen. qui satisd. cog. In assem vindicare, l. 40. §. 1. de legat.* 3. *Heres ex asse*, pro quo etiam *libella* dixit Cicero *lib. 7. ad Attic. epist. 1. edit. Victor.* & alia plura ejusdem generis. Causam usus hujus numeri, quæ a Jurisperitis tradita non est, Duareno *lib. 2. disp. 36.* ex Galeno profert, nimirum quia nul-

lus alius numerus in tot partes tam commode dividatur. Loetus Galeni integer refertur a Duareno.

3 *Habent hæ partes propria nomina*] Refert jam propria nomina partium assis, contentus initium fecisse ab uncia cum Ulpiano d. l. 50. §. ult. *hoc tit.* licet & ipsa uncia in partes minutores dividi possit. Illud sciendum est, hereditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, l. 2. §. 7. *de collat.* in tres tertias, in quatuor quartas, §. 8. *inf. eod.* in sex sextas, l. 76. *de acq. her.*

4 *Quot testator voluerit*] Licet solemnibus & usitata assis distributio in duodecim partes sive uncias, uti dictum est, fiat: potest tamen paterfam. eam distributionem non sequi, atque in tot partes unciasve hereditatem distribuere, in quot voluerit, sive in plures sive in pauciores, l. 13. §. 1. 2. 3. & ult. *hoc tit.* Proinde si, verbi causa, tres heredes scripserit singulos ex quincunx, rata est patrisfamil. voluntas, ut substantiam suam partiti in quindecim uncias. Atque hac eadem ratione defenditur quod rescriptum est in l. 3. *C. de testam. milit.* militem, qui filiam ex uncia instituisset, nec de residuis portionibus quicquam significasset, in tres partes videri voluisse hereditatem dividere: non autem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere; quamvis id militi concessum sit. Sive autem plures sive pauciores partes testa-

(1) L. 16. d. tit. 3. P. 6.

tor fecerit, tacito jure in duodecim semper hereditas resolvitur, *d. l. 13. §. 1. hoc tit.*

5 *Si unus ex semisse, totus as in semisse*] Quando unus tantum heres scriptus est, licet ex certa parte hereditatis, puta triente, semisse, vel etiam minima, is perinde ac si ex toto asse institutus esset, omnium bonorum hereditatem consequitur. Cæterum magis, ut opinor, ex subtilitate juris & propter regulam qua nemini partim testato, partim intestato decedere permittitur, quæ etiam mox pro ratione subjicitur, quam ex voluntate defuncti, quæ non tam facile ejusmodi interpretationem admittit, ubi unus tantum non dato coherede ex parte aliqua scriptus est, quam ubi plures ex pluribus. Nam si, verbi gratia, tres, singuli ex uncia scripti sunt; commodissime dicitur, arbitraria distributione testatorem usum, atque in tres partes æquales universam hereditatem divisisse: quod seorsus est, si unum tantum institutum proponas in quadrante sive quarta hereditatis parte, cum distributio nequeat fieri nisi inter plures. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamentis paganorum, *l. 3. C. de test. milit.* hoc tamen casu diversum jus esse propter dictam regulam, quæ non militum, sed paganorum potestatem coercet, & uno tantum herede in certa assis parte instituto a pagano, hanc partem reliquas ad se trahere; si a

militæ, residuum heredes ab intestato laturus, recte judicavit *D. Viglius*. Quod si quis solus institutus fuerit, non ex parte aliqua hereditatis, sed ex re certa, puta ex fundo; perinde quasi simpliciter ac sine ulla rei mentione scriptus esset, & hic bonorum omnium hereditatem obtinebit, *l. 41. in fin. de vulg. & pup.* Nam cum harum rerum quædam inter se pugna sit; successione universi juris, cujusmodi est hereditas, & acquisitionis rei singularis, potestate juris detrahitur rei mentio, & heredi sic, quasi universaliter institutus esset, succurritur, *l. 1. §. 4. hoc tit.* Loquimur autem de casu, quo quis institutus sit solus ex re certa: nam si coheredem habuerit institutum simpliciter, vel ex certa parte seu quota hereditatis; hic totam hereditatem habebit, & ille legatarii loco erit, *l. 13. C. hoc tit.*

6. *Ex parte testatus, ex parte intestatus*] *Jus nostrum nupatitur*, inquit Pomponius, *eundem in paganis testato & intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est (testatus & intestatus)* *l. 7. de dir. reg. jur.* Et quidem naturaliter pugnant, eundem decedere in totum testatum & intestatum: non autem pro una parte testatum, & pro alia intestatum; quomodo etiam intelligi voluit Pomponius juris civilis subtilitatem sequens. Unde arbitror, *naturaliter* in *d. l. 7.* positum esse pro eo, quod receptum passim moris erat; ut & alibi interdum, *l. 16. §. 4. de min. l. 22. §. ult. loc.* & sic quoque capiendum

dom Ulpiani illud: *Lex nature hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur.* Id est, lex consuetudinis generalis deducta ab aliqua ratione naturali, *l. 24. de stat. hom.* Nam regula ista e solis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud ipsos quidem Romanos in testamentis militum. Ex hac porro regula descendit, quamquam non tanquam ex causa proxima aut adæquata, jus accrescendi inter plures heredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente, pars ejus accrescat cæteris, qui heredes extiterunt, *l. unic. §. 10. C. de cad. toll. l. 59. §. 3. hoc tit.*

7 Plane illud fieri potest, ut qui ab initio in totum testatus decessit, cujusque hereditas semel ex testamento adita fuit, ex accidenti & postfacto pro parte intestatus vi ipsa efficiatur, hereditate scripto emolumentum auferatur, rescisso pro parte testamento per querelam inofficiosi, *l. 15. in fin. l. 24. & l. seq. §. 1. de inoffic. test.* Cæterum hoc regulam non subvertit: quippe cui satisfactum est, si ejus, qui testamento jure ab initio facti decessit, hereditas ex testamento adita fuerit: ad ea, quæ postea fiunt, non pertinet.

8 Sed quid si testator adscripserit, nolle se, ut heres scriptus reliquas partes ferat & jus accrescendi expresse prohibuerit? Et quidem quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, *l. 4. qui test. fac. poss.* ita nemo quoque in suo

testamento cavere potest, ne leges in eo locum habeant, *l. 55. de legat. 1. (1)*: ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulam juris civilis dissimiliter ei succedatur, & ex testamento & simul ab intestato.

9 Non obstat huic sententiæ, quod Ulpianus in *l. 9. §. 13. hoc tit.* scribit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hereditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissime refragetur: quippe in casu *d. l. 9.* voluntas testatoris contraria potens est, ut conservetur expressio partium, quam fecit testator ipse, quæ alias non esset servanda; non vero ad conservandam mentionem rei, quæ semper tollenda erit.

10 Est tamen & media sententia, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. 13. C. de her. inst.* nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem, quominus heres scriptus ipso jure ex asse heres fiat: cæterum hanc ejus vim esse, ut heres ille partes reliquas, quas accrescere testator noluit, tanquam ex fideicommisso teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hereditatem ejus venissent, ducto argumento a simili, quale proponitur *l. 7. l. 17. & l. 29. ad Sc. Trebel. & §. 3. infr. quib. mod. test. am. inf.* Et hæc sententia mihi quoque non adeo displicet; quoniam favet voluntati morientium, salva ratione juris: eoque accommodari potest clausula in *d. l. 9. §. 13.* de qua paulo ante.

11 *Nisi sit miles, cujus sola*

(1) *L. 32. tit. 9. P. 6.*

voluntas] Quæcunque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea in militaribus testamentis, eorumve interpretatione locum non habere ostendimus *supra tit. de mil. test.* Inter hæc autem est & regula proposita, quæ prohibet, eundem ex parte testato & intestato decedere: & ideo de paganis tantum eam concepit Pompon. *l. 7. de div. reg. jur.* Igitur si miles, verbi causa, unum ex fundo heredem scripserit, non detrahatur potestate legis mentio fundi, sed quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse intelligitur, & locus fit legitimis heredibus, *l. 6. de test. mil. l. 2. C. eod.* Quod & tunc obtinere credimus, quando unum heredem scripsit ex parte aliqua hereditatis, per *l. 19. d. tit.* sed etsi plures heredes instituerit, & unus omiserit hereditatem, pars omissa ad alios non redibit, sed deferretur heredibus ab intestato, nisi contraria ostendatur militis voluntas, *l. 37. eod.* cui non obstat *l. 1. C. eod.* quia ibi ex parte heredes institutus proponitur, qui & ipsi militi ab intestato successurus erat, nimirum frater militis, & ideo nisi alii heredes ab intestato probent, militem noluisse ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem institutum pervenire, portio deficiens hac ipsa ratione ad fratrem pertinebit: quia pro ea parte miles intestatus decessit. Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis spatio, ut usque ad certum tempus, vel ex certo tempore heredem miles instituere possit, ut quo tem-

pore heres scriptus non est, intestati hereditas deferatur, *l. 15. §. 4. l. 41. in pr. eod.* Vid. Anton. Fab. *dec. 72. err. 5. & 6. Don. in d. l. 1. C. de test. mil.*

12, IN HISPANIA indistincte, permixtum est tam paganis, quam militibus partim testato, partim, intestato decedere, arg. *l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopil.* ut recte tenent, Torres *hoc text.* Pichar. *ibid.*, num. 36. Huic consequens ut jus accrescendi apud nos cesset quotiescunque Romani illud admittant, teneant ex juris necessitate, contraque intelligantur *Partitarum leges* de illo loquentes, quatenus laudatam necessitatem probant. Quia vero legum correctio, ultra necessitatem nunquam admittenda, vigeat hoc accrescendi, jus quocumque ex voluntate, testantis provenit: quam *d. l. 1.* sacratissime custodiendam vult.

13, Cessabit itaque in Hispania hoc accrescendi jus, contra juris Romani placita, in herede instituto in re certa vel in quota hereditatis, ut bene & late probat Vela *dis. 47. v. n. 58.* & quando plures instituti fuerint, sive partibus unicuique assignatis, sive simpliciter, nisi contraria testatoris voluntas probetur, cum ita instituens non censeatur in dubio velle jus accrescendi, *l. 37. de test. milit.* Anton. Fab. *dec. 71. err. 9.* Si vero plures heredes testator conjunxerit, in aliqua parte seu quota hereditatis, jus accrescendi inter illos, voluisse putabitur, locusque ei erit, per ea quæ infra late trademus in *§. 8. de legat.*

TEX

TEXTUS.

De portionibus singulorum heredum. Si testator assem non dividerit, aut partes in quorundam persona non ultra assem expresserit.

6. Si plures instituuntur heredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator, eos ex æquis partibus heredes esse: satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assignata fuerit, ex ea parte heres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrunt. Si vero totus as completus sit, ii, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille, vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest, primus, an medius, an novissimus sine parte heres scriptus sit: ea enim pars data intelligitur, quæ vacat (1).

Si pars vacet, aut exuperet.

7. Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid juris sit: veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt.

Tom. I.

(1) *L. 17. d. tit. 3. P. 6.*(2) *L. 18. d. tit. 3. P. 6.*

Et constat, vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, & perinde haberi, ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent. Et ex diverso, si plures heredes scripti in portionibus sint, tacite singulis decrescere: ut si (verbi gratia) quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset (2).

Si plures uncix, quam duodecim, distributæ sunt.

8. Et si plures uncix, quam duodecim, distributæ sint, is qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit, si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum (3).

COMMENTARIUS.

I Vidimus quid juris sit quando unus fuerit institutus: nunc videndum quid dum plures. Et distinguendi tres articuli. Primus est, si omnes instituti sint partibus expressis, quo casu expressas habebunt. Secundus, si omnes sine partium expressione, & obtinebunt æquales. Tertius denique, si quidam ex certis partibus instituti sint, quidam indefinite. Quando id evenerit, primi habebunt quas testator

Fff.

ex-

(3) *D. l. 17. tit. 3. P. 6. l. 19. eod.*

expressit; & indefinite instituti, asse vel dupondio expleto novum assem, superato quod deest usque ad assem novum, & asse non expleto, quod ei expleto superest. Quamobrem si testator ita scripserit: Primus ex 3. unciis, secundus ex 4. tertius heredes sunt, hic 5. uncias habebit. Similia exempla ad alios casus quisque facile efformare poterit. Si pars aliqua vacet, aut exuperet, nec quisquam sine parte fuerit scriptus, singulis, pro portionibus hereditariis accrescet aut decrescet. Exemplum habes in §. 7.

2. IN HISPANIA quamvis l. 17. tit. 3. P. 6. vers. E. a. n. pro, bet primam §. 7. propositionem, quæ de jure accrescendi loquitur; tamen pars vacans non ad heredes scriptos, sed ad eos qui ab intestato veniunt pertinebit, per ea quæ nuper diximus §. 5. hoc tit.

TEXTUS.

De modis instituendi.

9. Heres & pure & sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest; veluti: Post quinquennium, quam moriar, vel ex Calendis illis, vel usque ad Calendis illas heres esto. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, & perinde esse, ac si pure heres institutus esset.

COMMENTARIUS.

1. Hic se nunc offert tituli hujus pars tertia, in qua

tractatur de forma & modo heredes instituendi, deque iis, quæ institutioni utiliter vel inutiliter adjiciuntur: sed non omnia, quæ eo pertinent Imp. tangit, contentus, quæ præcipua sunt, de conditione & die adjectis quædam indicasse. Ante quorum explicationem monendi sumus, ad formam institutionis omnino pertinere, ut ea verbis fiat, iisque idoneis, ut ex iis liquere possit voluntatis intentio, quamvis quibus verbis fiat, imperativis sive directis, an inflexis nihil referat, l. 15. C. de test. Deinde ita fieri debere, ut de persona heredis certo constare possit, vel ex nomine vel ex indubitabili signo, alioqui vitari institutionem, l. 62. §. 1. hoc tit. Item inutilem esse institutionem, si testator non certo consilio heredem scribat, aut quid alienum captet. Unde improbatæ veteribus tum institutio, quæ in alienam voluntatem confertur, veluti si quis dixerit: Quos Titius voluerit, heredes sunt, l. 32. l. 68. eod. tum captatoria: Quæ sit captandæ alienæ hereditatis causa, cum nempe testator suam hereditatem tanquam in hamo defert, ut alleciet alienam; puta hoc modo: Qua ex parte Titius me heredem faciet, ex eadem mihi heres esto, l. captatorias 70. cum l. seq. eod. cujusmodi institutiones etiam in testamentis militum improbantur, l. 11. C. de test. milit. Hoc autem modo concepta institutio valet: Qua ex parte Titius me heredem fecit, ex eadem heres esto: quoniam in præteritum collata est, neque ad captandum,

sed ad remunerandum comparata, l. 71. hoc tit. Sed nec institutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, pro captatoriis habentur, d. l. 70. eod.

2. Sub conditione institui potest] Condicio est: Adjectio, qua in futurum eventum, quod dari aut fieri volumus, suspenditur (1): etque vel possibilis est, vel impossibilis. Impossibilis inutiliter institutioni adjicitur, & pro non scripta habetur, de qua mox: possibilis utiliter, ut suspendatur interim institutio, atque existente conditione vires capiat, perindeque habeatur ac si pure facta esset; deficiente evanescat, & hereditas deferatur ab intestato (2). Solum sui heredis persona excipitur, qui vetatur sub alia conditione heres institui, quam quæ in illius potestate sit, nisi sub contraria conditione exheredetur, ne si condicio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, l. 86. hoc tit. l. 4. C. de inst. & subst.

3. Ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest] Hujus rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, ex certo tempore &c. quibus verbis tacite innuitur differentia temporis sive diei certi atque incerti, & quæ hic traduntur, non ad utrumque, sed ad alterum tantummodo, certum scilicet, pertinere. Ita est. Dies aut est certus aut incertus. De incerto illico videbimus. Certum dicimus: Cum certum est, & venturum esse, & quando venturus sit. Hic dies bifariam institutioni

forte apponi potest; vel ut terminus a quo, veluti: Post quinquennium, quam moriar, heres esto, vel ut terminus ad quem, veluti: Usque ad quinquennium heres esto. Neutro autem modo apponitur utiliter. Et hoc est, quod Imp. ait, heredem ex certo tempore vel ad certum tempus institui non posse: non quod adjectione diei in totum vitietur institutio, sed quod dies ut vitiose adjectus rejiciatur & habeatur pro non scripto: ita enim se statim explicat, cum ait, diem adjectum pro supervacuo haberi, & perinde esse, ac si pure institutio facta sit. Breviter Jurisconsultus in l. 34. hoc tit. Hereditas, inquit, ex die, vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato, manet institutio. Quod dies tollitur, benevolentia est, ne pereat ultima defuncti voluntas. Quod die non sublato subsistere, nequeat institutio, ex regula, qua vetatur idem in paganis testato & intestato decedere, proposita & a nobis exposita §. 5. supr. eod. Neque enim ad portionem bonorum tantum, verum etiam ad temporis spatium ea regula pertinet, l. 41. in pr. de test. milit. Peculiaris quoque ratio est, cum dies adjicitur tanquam terminus ad quem; quia juri nostro non convenit, temporalem heredem habere, sed is, qui semel heres extitit, semper heres maneat necesse est, l. 88. hoc tit.

4. Dies incertus aut prorsus & simpliciter talis est, cum sci-

(1) L. 1. tit. 4. P. 6. l. 1. tit. 4. P. 4.

(2) D. l. 1. l. 7. cum duab. seqq. tit. 4. P. 6.

licet neutrum horum appareat, nec an venturus sit, nec quando; veluti si ita testator dixerit: *Titius heres esto cum consulatum inierit aut cum uxorem duxerit*; aut secundum quid, cum alterutrum incertum est, & vel ignoratur, an venturus sit duntaxat; veluti si ita scriptum sit: *Titius, cum erit annorum quatuordecim; heres esto*; vel tantum quando venturus sit, qualis est dies mortis cujusque. Et extat de die incerto generalis definitio Papiniani in hæc verba: *Dies incertus conditionem in testamento facit, l. 75. de cond. & dem.* Cujus definitionis hæc sententia est, ut conditio testamenti adjecta non detrahatur, sed suspendit dispositionem, ita & dies incertus: atque ut existente demum conditione vires accipit dispositio, ita & existente demum die incerto. Et siquidem vel utrumque ignoretur, an dies venturus sit & quando, vel etiam unum illud, an sit venturus; dubium non est, quin hujusmodi dies pro conditione sit, *l. 21. & l. seq. quando dies leg. (1).*

5 At si certum sit, extiturum esse, ignoretur autem quando; hic referre puto, utrum dies appositus sit extraneo, an ipsi heredi. Si extraneo, puta hoc modo: *Titius heres esto, cum Sempronius morietur*, diem pro conditione esse: quia fieri potest, ut heres scriptus ante Sempronium moriatur; quo argumento tale legatum conditionale esse defenditur: *Heres meus, cum morietur, Titio decem dato, l. 79. §. 1. de*

(1) *L. 31. tit. 9. P. 6. vers. Orosi.*

cond. & dem. Si vero ipsi heredi scriptus sit, veluti: *Titius, cum morietur, heres esto*, non puto conditionem facere: quia nec si legatario adscribitur, facit legatum conditionale, *d. l. 79. in pr.* optima quidem ratione, quia hoc casu nulla suspensio esse potest, cum nemo postquam moriatur hereditatem acquirere valeat: ubi autem non est suspensio, neque conditio; & ideo institutioni adjectum quasi diem certum, qui vivente adhuc herede omnimodo extiturus sit, detrahendum esse, institutionemque pro pura habendam.

6 Singularis casus institutionis ex die incerto est, cum quis instituitur in tempus capiendæ hereditatis, *l. 62. hoc tit.* qui tamen casus a doctioribus omnibus restringitur ad eos, qui non simpliciter incapaces sunt, sed secundum quid, quales sunt orbis cœlibes; quos proculdubio heredes instituere licet, cum liberos susceperint, cum uxores duxerint. Et duntaxat locum habet cum incapacitas est ex parte instituti, non etiam simul ex parte testatoris: nam spurius hoc modo: *Cum capere poterit, a patre institui non poterit.*

7, IN HISPANIA, postquam *l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop.* permissum est paganis partim testamento, partim intestato decedere, ut diximus *supr. §. 5.* nullum, adesse videtur impedimentum, quominus heres institui possit ex certo tempore, vel usque ad certum tempus eo effectu, ut reli-

quo

quo tempore hereditas ad heredes ab intestato pertineat: unde de recte visum est Anton. a Torres in *§. 10. inst. hoc tit.* coram rectam esse *l. 15. tit. 3. P. 6.* quatenus ipsa jus Romanorum probans statuebat, diem certum non recte adjici institutioni in paganorum testamentis. Quia vero cessat ratio extendendi correctionem ad secundam partem ejusdem *l. 15. vers.* Pero, cum *seqq.* ubi agitur de die incerto, firmum manet quod *ibi* docemur, posse quenquam recte institui ex die mortis suæ: de cuius institutionis fructu & effectu, vid. Greg. Lop. in *glos. 6. d. l. 15.* Dum autem liberi testatorum instituuntur sub conditione, quæ in eorum potestate non sit, valet institutio conditione, insuper habita, *l. 11. tit. 4. P. 6. l. 9. eod. & in eis idem Lopez.*

TEXTUS.

De conditione impossibili.

10. Impossibilis conditio in institutionibus & legatis, necnon in fideicommissis, & libertatibus pro non scripta habetur (1).

COMMENTARIUS.

I Impossibilis conditio est, definitore Justiniano: *Cuius natura impedimento est, quominus existat*; veluti: *Si digito ca-*

lum tetigeris, §. 11. inf. de inut. stipul. (2). Sed & quæ facta naturâ, & per se possibilia sunt, possunt casu, aut adiectione temporis fieri impossibilia; veluti exigere pecuniam, Gadibus Romam pervenire sunt possibilia; at exigere pecuniam a se, biduo Gadibus Romam pervenire, impossibilia. Sive autem per se conditio impossibilis sit, sive propter circumstantiam aliquam, hoc jure utimur, ut sub tali conditione facta institutio non vitietur, sed evanescat conditio & pro non scripta habeatur, *l. 1. l. 6. l. 20. de cond. inst.* nisi forte conditio sit talis, quæ efficiat, ut ipsa institutio impossibilis, aut potius perplexa atque inexplicabilis sit, ita ut voluntas defuncti exitum reperire nequeat: cujusmodi conditio institutionem vitiat, *l. 16. de cond. inst. (3).* Sed & in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommisso, conditio impossibilis pro non scripta est, *l. 104. §. 1. de legat. 1.* generaliter enim quicquid in testamento scriptum impossibile est, placet nullam vim habere, *l. 3. de cond. & dem. (4).* Plane conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter personæ, cui apposita est, qualitatem aliamve causam videatur impossibilis; sed nisi conditioni pareatur, relictum in testamento non capitur (5). Finge, libertatem servo relictam hac conditione: *Si heredi millies dederit.*

Hic

(1) *L. 3. d. tit. 4. P. 6.*

(2) *L. 1. eod. vers. E aquellas.*

(3) *L. 5. tit. 4. P. 6.*

(4) *L. 3. eod.*

(5) *L. 4. eod. de qua vidend. Gregor. Lop. in gloss. 1. ejusd. & in gloss. 4. legis ult. tit. 4. P. 4.*

Hic non detrahetur conditio, sed inutilis erit datio libertatis, ut responsum est a Paulo *l. 4. §. 1. de statulib.* Idem juris est, si in tam longum tempus conditio collata sit, ut eo tempore is, cui libertas datur, vivere vix possit, veluti si servo quatuor annos nato libertas detur, cum erit annorum centum: de quo vid. Franc. Amaya *lib. 2. obs. jur. cap. 11.*

2. Alio autem jure utimur in stipulationibus & conventionibus; quippe quæ nullius momenti sunt & in totum vitiantur apposita conditione impossibili, §. 11. *inf. de inut. stip. l. 31. de obl. & act. (1)*, ubi etiam diversi juris indicatur ratio: nimirum quia manifestum est, eos qui in contrahendo apponunt aut apponi patiuntur conditionem, quam sciant esse impossibilem, non esse hoc animo, ut se, aut alios sibi obligent, sed joculari, ludere, omnino ea cogitatione esse, ut nihil agi existiment. At testatorem in ordinatione supremæ voluntatis, in re tam seria & cogitatione mortalitatis, non serio agere & ludere voluisse, quod in speciem impietatis cadit, credendum non est, sed mendum potius ei excidisse, quod favore ultimæ voluntatis corrigitur & tollitur a lege, ne id heredi fraudi sit, cui nihil imputari potest, neve alia bene recteque constituta evertantur, arg. *l. 1. de cond. instit.*

3. Impossibili conditioni similis est conditio turpis, quam Interpretes vulgo ut speciem impos-

(1). *Arg. l. 17. tit. 11. P. 5.*
(2) *D. l. 3. tit. 4. P. 6.*

sibili subjiciunt, & appellant impossibilem de jure. Ea est: *Quæ quid continet, quod pugnat cum pietate, legibus aut bonis moribus.* Nam, ut bene & pie Papi-nianus noster in *l. 15. de cond. inst. Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & generaliter quæ contra bonos mores sunt, ea nec facere nos posse credendum est.* Et ideo etiamsi quid ejusmodi testamento insertum sit, id perinde ac si quid impossibile adscriptum esset, placet pro non scripto haberi, *l. 14. de cond. inst.* veluti: *Si ab hostibus patrem suum non redemerit: Si parentibus patronove suo alimenta non præstiterit* (2). Paulus scribit hujusmodi conditiones remittendas esse, *l. 9. d. tit.* quod effectu jûris eodem recidit, capitur enim semper hereditas legatumve perinde ac si adjectæ non essent. Plane filius, qui in potestate est, sub tali conditione heres scriptus, testamentum patris infirmat, ac si conditio non esset in ejus potestate, *d. l. 15. eod.* quod etiam ad ceteros suos heredes nunc transferendum est per ea, quæ sub §. *præc.* diximus. Pacta quoque & stipulationes turpi conditione apposita nullius momenti sunt, uti juris esse diximus, cum his apponitur conditio impossibilis de facto, *l. 26. de verb. obl. (3).*

4. IN HISPANIA, si testatoris filius heres instituatur sub conditione turpi, institutio va-lebit conditione detracta, arg. *l. 9.*

(3) *Arg. d. l. 17. junct. d. l. 32. in fin.*

, *l. 9. & l. 11. tit. 4. P. 6. junct. l. 3. eod.*

TEXTUS.

De pluribus conditionibus.

11. Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt, siquidem conjunctim, utputa: Si illud, & illud factum fuerit, omnibus parendum est: si separatim, veluti: Si illud, aut illud factum erit, cuilibet conditioni obtemperare satis est (1).

De his, quos testator nunquam vidit.

12. Ii, quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt; veluti si fratris filios peregrinantes, ignorans, qui essent, heredes instituerit. Ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit (2).

Horum §§. doctrina omnibus nota est & clara.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

D. Lib. 28. Tit. 6. C. Lib. 6. Tit. 25. & 26. (3).

POSTquam ea omnia Princeps tradidit, quæ ad testamenta recte ordinanda, & heredum institutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinus disputaret, quibus modis testamenta recte ab initio ordinata postea infirmentur. Cæterum cum testatori permissum sit, non tantum heredem testamento instituere, sed etiam in locum deficientis heredis instituti alios heredes substituere, ut primo gradus deficiente, saltem ex secundo heredem testamentarium habeat, nonnunquam & cum sibi fecit, simul aut testamentum &

heredem facere: hanc partem, quæ substitutiones continet, prius exequendam putavit. Quid in genere sit substitutio, vix commode una generali definitione explicari potest, utuntur enim ea voce juris Auctores non tantum cum loquuntur de institutione secundi heredis, verum etiam cum de secunda datione legati, *l. 6. C. de legat.* item cum agunt de fideicommissis tum hereditatis, tum rerum singularium, ut videre est in *l. 41. §. 1. hoc tit. de vulg. & pup. l. 64. de leg. 2.* & passim *alibi* (4). Atque hinc vulgo substitutio dividitur in directam & fidei-

(1) *L. 13. d. tit. 4. P. 6.*
(2) *Arg. l. 2. tit. 3. P. 6.*
vers. E brevemente.

(3) *Tit. 5. P. 6.*
(4) *L. 1. d. tit. 5. P. 6.*

commissariam. Directa est : *Quæ fit verbis directis & civilibus*, vel heredem heredi substituendo, veluti : *Titius heres esto : Si Titius heres non erit, Sejus heres esto*; vel legatarium legatario, veluti : *Titio fundum Cornelianum do, lego : Si Titius fundum, quem ei legavi, non ceperit, eundem fundum Sejo do, lego*, l. 50. de legat. 2. Nam hæc quoque directa substitutio est, & ideo legatum agnoscente primo legatario evanescit, l. 6. C. de legat. Fideicommissaria est : *Quæ fit verbis precariis*, cum scilicet testator vel heredem institutum rogat, ut hereditatem partemve hereditatis aut rem aliquam alteri restituat; vel legatarium aut fideicommissarium, ut restituat quod iis relictum est. Illud tamen certum est, nomen *substitutionis* simpliciter positum in usu juris (sive proprie, sive per excellentiam) solam denotare substitutionem directam, atque eam, qua heres heredi substituitur : unde passim videmus, substitutionem opponi fideicommissis, l. 6. §. 5. ad SC. Trebell. l. 39. §. 3. de adm. tut. cum *similibus*, quorum etiam tractatio proprium locum, atque hinc satis longe remotum occupavit circa *finem hujus libri* : in Pand. lib. 36. cum de substitutionibus agatur lib. 28.

2 Igitur, quod ad propositum attinet, si quærat, quid sit substitutio, ea sic defini potest : *Secundo vel ulteriore gradu facta institutio*, vel brevis, & simplicius : *Secundi heredis institutio*, l. 43. §. 2. in fin. hoc

(1) D. l. i. tit. 5. P. 6.

tit. (1). Nam omnem substitutum veteres secundum heredem vocant, licet longa serie substitutio facta sit, & quis tertio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove scriptus reperiatur, habito scilicet respectu non ad ordinem scripturæ, sed successionis; & quia omnis substitutus collatus cum eo, cui substituitur, & ex cujus personæ relatione nomen substituti accipit, semper secundus est. Vulgo hæc ratio affertur, quia omnis institutio, quæ fit post primam, & in locum primi heredis deficientis, recte dicatur secunda, quemadmodum secundæ nuptiæ dicuntur, quæcunque contrahuntur post primas.

3 Species substitutionis alii plures, alii pauciores faciunt. Doctores communiter quinque, vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam, & compendiosam (2). Exemplarem vocant substitutionem mente capti : breviloquam, quam alii melius reciprocam seu mutuam : *Cum ipsi heredes instituti invicem substituuntur* : compendiosam, quæ verborum hoc compendio : *Quandocunque decasserit*, comprehendit plures substitutionum species, plures casus & tempora : veluti si pater ad eum modum substituerit filio impuberi, continebitur hic & vulgaris & pupillaris; & si forte filius mente captus sit, etiam exemplaris : postremo militaris quoque privilegiaria, si miles sit, qui substituit, Gomez i. resol. 7. & 8. Duarenus autem ad hunc tit. cap. 3. & Soar. ad Gomez i. resol.

(2) D. l. i.

sol. 3. ponunt hæc quatuor, vulgarem, pupillarem, quasi pupillarem, & militarem, rejectis breviloqua & compendiosa, ut modis substituendi, non speciebus substitutionis.

4 Longe rectius nostro quidem iudicio, Vigl. Myns. Hotom. hic, Donell. 6. comm. 23. duas duntaxat species statuunt, vulgarem, & pupillarem, ad quarum alterutram formas omnes substituendi referunt, & species revocant. Etenim si genera substitutionum a casuum differentiis distinguenda sunt, plura poni non debent quam duo; sicut nec plures sunt casus, in quos fit substitutio, quam hi duo : unus : *Si institutus heres non erit*, qui casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis; alter : *Si heres erit*, qui secundus, & proprius pupillaris, l. 8. C. de imp. & al. subst. potestque substitutio exemplaris referri ad pupillarem, & commodiore nomine appellari *quasi pupillaris*, de qua agitur §. 1. tit. seq. Compendiosa & reciproca diversas substituendi formulas denotant, conceptas semper in primum vel secundum, aut utramque casum. Quod autem miles filio puberi, vel etiam extraneo in secundum quoque casum directo substituere potest, abnorme atque ex privilegio est: neque ob id necesse est separatam speciem constituere.

5 Cæterum nec hæc ipsa bipartita divisio alia est, quam generis homonymi: quippe sola vulgaris substitutio proprie substitu-

(1) D. l. i. tit. 5. P. 6.

tio est, pupillaris non tam substitutio, quam institutio prima, utpote per quam substitutus non testatori succedit & gradu secundo; sed pupillo & gradu primo tanquam ab ipso primo loco institutus. Obtinuit tamen, ut & hæc diceretur substitutio, quia secundo loco fieri debet post institutum patri heredem, ut declarat Ulp. l. 2. in fin. hoc tit. sive quia substitutio impuberis pars est & sequela testamenti paterni, §. *liberis 5. tit. seq.* Hæc studiosis juris præmonstrare operæ pretium duxi, ne Doctorem scripta adentes in vestibulo hærerent aut offenderent. *Præsenti in titulo* agitur de substitutione vulgari, paucis sane & parce pro materiæ amplitudine & subtilitate. Proponuntur primo formulæ sive modi aliquot vulgariter substituendi; post aliquid aspergitur de effectu, ut sciamus quas in partes, nullis substitutioni adscriptis, substituti vocati intelligantur, & quatenus extendenda substitutio. Dicitur vulgaris a vulgari & usitato substituendi modo, vel quia vulgo & promiscue omnibus heredibus a quovis testatore fieri potest (1). Quid ea sit, jam pene cognitum habemus, mox autem certius intelligetur exposito casu & vi conditionis hujus substitutionis propriæ.

T E X T U S.

De pluribus gradibus heredum.

Potest autem quis in testamento

mento suo plures gradus heredum facere; *uputa*: Si ille heres non erit, ille heres esto: & *deinceps*, in quantum velit testator, substituere potest; ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere possit (1).

COMMENTARIUS.

I **IN testamento**] Recte in testamento, uti & Marcian. l. 36. eod. unde hæc descripta: nam in codicillis ut institui heres non potest, ita nec substitui; siquidem & substitutio institutio est, & utroque modo hereditas directo datur; quod in codicillis non licet, §. *pen. inf. de codicill. l. 10. de jur. codicill.* Sciendum tamen est, etsi substitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione sustineri in vim fideicommissi, quasi heredes legitimi rogati videantur hereditatem substituto restituere. Sententia communis & usu recepta non Doctorum tantum auctoritate, verum etiam legum, l. 76. ad Sc. Trebell. l. 13. §. 1. de jur. codicill. Atque hanc tandem etiam, cum in contrarium multa disputasset, amplectitur D. Viglius, & pro axiomate quodam esse jubet, multarum questionum arbitro.

2 **Plures gradus heredum**] Hoc est, plures heredum ordines, ut alii scribantur primo, alii secundo, alii loco tertio, & ita

(1) *Princ. tit. 5. P. 6.*(2) *L. 2. & l. 4. d. tit. 5. P. 6.*

deinceps, l. 2. §. 4. de bon. poss. sec. tab. In qua dinumeratione non scripturæ ordo, sed successione spectari debet; ut ecce in hac formula: *Titius heres esto, si Sejus heres non erit. Sejus heres esto.* Sejus, qui ordine scripturæ secundus est, gradu & ordine delatæ hereditatis est primus, Titius secundus, ac proinde substitutus, l. 28. de her. inst. Nec vero etiam coheredis adjectio gradum facit, sed omnes coheredes uno eodemque gradu habentur, & ideo simul ad successionem ex testamento admittuntur, quemadmodum ad successionem ab intestato vocantur omnes, qui eodem gradu cognationis sunt. Ubi autem gradus a testatore facti sunt, tum scripti impediuntur simul heredes esse, l. 37. de her. inst. nec substituto locus est, quandiu admitti potest prior heres institutus, l. 3. l. 69. de adq. her. (2); idque omnino postulat ordo graduum pro affectu erga heredes a testatore descriptus, apud quem ut priore amoris gradu institutos esse apparet, quam substitutos, ita dubium non est, quin ad illos malit, quam ad hos hereditatem suam pervenire.

3 **Si heres non erit**] Hic casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis propria (3). Non semper autem hic casus plena oratione exprimitur, ut fit hoc loco; sed sæpe uno verbo substituendi significatur, ut si testator ita dicat: *Titio Mævium substituo*; aut pluribus institutis

ita.

(3) *D. l. 2.*

ita: *Eosque invicem substituo.* Casus autem iste: *Si heres non erit*, generalis est, continens in se & casum voluntatis, ut loquuntur: *Si heres esse nolit*; & impotentia: *Si non potuerit heres esse.* Uterque casus speciatim exprimitur l. 3. C. de her. inst. (1). Sub casu impotentia iterum sunt inferiores & veluti species infimæ, veluti: *Si mortuus sit*: *Si deportatus.* Quorum omnium cum sit diversa ratio, non facile admitendum est, quod ex communi DD. sententia Gomez 1. var. resol. 3. num. 10. refert & probat, uno casu speciali expresso, aut voluntatis duntaxat, aut impotentia, alterum interpretatione supplendum esse, & perinde habendum ac si uterque expressus esset; & manifeste obstat huic sententia l. 10. de lib. & post. Sane non dixerim, eum, qui expresse & specialiter substitutus est in casum deportationis heredis instituti, intelligi debere etiam substitutum in casum mortis. Quod autem in institutione nepotis Aquiliani casus mortis per interpretationem producit ad casum deportationis & similia, mirum non est: quoniam omnium ex sententia Galli eadem ratio est, quia nepos æque per deportationem ac per mortem patris, occupat primum locum in familia avi, fitque hujus heres suus, l. 29. §. 5. d. tit. Idemque responderi potest de substitutione facta impuberi filio, in qua placet casum primum seu vulgarem expressum extendi etiam ad alterum seu pu-

pillarem non expressum, & contra: nimirum sumptum hoc ex conjectura voluntatis, ut pluribus docebitur tit. seq. quanquam non tam prudentum interpretatio hoc jus introduxit, quam specialis constitutio D. Marci, l. 4. hoc tit. Cujac. ad d. l. 10. de lib. & post. Duar. cap. 9. hoc tit.

4 Porro conditio hæc: *Si heres non erit*, pro diversa qualitate heredum personæque instituti & ipsa diversimode accipitur. In extraneo herede, qui sui juris sit, hoc significat, si neque sibi hereditatem acquisierit, neque alium mutata conditione heredem fecerit. In ejusdem qualitatis herede, qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significatur, si neque ipse heres erit, neque hereditatem ei, cuius in potestate est, acquisierit, §. ult. infr. eod. ubi hac de re latius atque ex professo. In suo herede eadem formula hoc significat, si se paterna hereditate abstinerit, si cum effectu heres non extiterit, eo quod se bonis paternis immiscere noluerit. Nam etsi suus heres ipso jure heres existit, & ideo non esse sine herede dicitur, qui suum heredem, licet se abstinentem habet, l. 30. §. 10. de fideicom. libert. cuius rei notabiles effectus indicabimus infra §. 2. de hered. qual. & diff. tamen cum de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum: *Si filius mihi heres non erit*, ex voluntate substituentis, quam jus civile hic sequitur & approbat, non nuda ista existentia, sed

(1) *D. l. 2.*

Ggg 2

sed.

sed immixtio filii cum aditione heredis extranei comparanda est; alioqui ne substitui quidem filio in istum casum posset: nam si nullo modo efficere filius potest, ut non sit heres, frustra ei substitutus datur in eum casum, quo heres non sit, quo proculdubio continetur etiam casus voluntatis.

5. Ac dicendum omnino videtur, suum heredem, qui in vulgarem casum substitutum accepit, ex necessario herede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissum, necessitatem istam ut in suum solius favorem introductam remittere, & quam etiam tacite remisisse intelligatur, dato filio in vulgarem casum substituto, ut quod alias filius non habuisset nisi jure prætorio, abstinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum a patre, ac proinde ex jure civili, per *l. 12. de cond. instit.* Doctores plures contendunt, per vulgarem substitutionem in totum tolli jus suitatis, argum. *d. l. 12. & l. 16. de lib. & post.* Sed hoc nullo modo admitti potest: alioqui nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari pupillari: quæ manifeste falsa sunt.

TEXTUS.

De numero heredum in singulis gradibus.

1. *Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plu-*

rium, vel singuli in singulorum; vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt.

COMMENTARIUS.

I Complures sunt formæ substituenti. Substituuntur vel extranei, vel ipsi heredes instituti. Prior species variatur quatuor modis: nam & singuli singulis, & plures pluribus, & plures uni, & pluribus unus substitui potest. Secundus modus *hoc loco*, & apud Marcianum in *l. 36. §. 1. eod.* omissus est forte de industria, quia eadem illius quæ primi ratio est. Illud autem in his omnibus tenendum, ut substitutis locus fiat, necesse esse, ut antea primo gradu instituti defecerint, quocumque casu ex superioribus modis substitutio facta proponatur: hoc enim perpetuo exigit natura & ratio substitutionis, adeo ut nulla etiam videatur esse causa dubitandi, ne in postremo quidem casu, ubi unus pluribus substitutus sit. Nam qui ita loquitur: *Octavius & Nonius heredes sunt: si non erunt, Decius esto*: is utique aperte significat, se velle, institutos & ambos & singulos substituto præferri, atque hunc non aliter admitti, quam si neuter illorum heres fuerit, quod ipsum diserte quoque traditum est *l. 4. C. de impub. & al. subst.* Quare vix est ut credam, apud veteres juris Auctores de eo dubitatum fuisse, quamvis id persuasum fuerit Justiniano, *l. pen. C. d. tit.*

2 *Vel invicem ipsi*] *l. 37. §. 1. de*

de her. instit. (1). Hæc est substitutio, quam Modestinus *reciprocam* vocat, *l. 4. §. 1. hoc tit.* Papinianus *mutuam*, *l. 64. de legat. 2.* exemplum extat apud Suetonium in *Tiberio, cap. ult.* Doctores vulgo appellant *breviloquam*, vocabulo non satis rei conveniente: neque enim ex verborum brevitate æstimatur; sed ex reciproca formula, quam nihil prohibet longiore oratione concipere. Modus autem substitutionis, *di est*, non species substitutionis, ut *superius* diximus, & pupillari quoque convenit, *d. l. 4. §. 1. hoc tit.*

TEXTUS.

Quam partem singuli substituti accipiant, si partes in substitutione expressæ non sunt.

2. *Et si ex disparibus partibus heredes scriptos invicem substituerit, & nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit: & ita Divus Pius rescripsit (2).*

COMMENTARIUS.

I *Invicem substituerit*] Pluribus heredibus etiam ex certis partibus institutis, si unus simpliciter substitutus fuerit, hic illis deficientibus totam assem ex substitutione feret: si plures pluribus eodem modo substituti, singuli ex partibus æqualibus here-

des erunt, licet inæquales adscriptæ sint institutis, quippe cum hic discerni non possit, quis cui substitutus sit. At si singuli singulis, tum eam quisque partem habebit, quæ adscripta primo, cui substitutus est. Dubium quoque non habet, si testator heredes institutos mutuo substituens in substitutione easdem partes nominatim servari voluit, quas in institutione expressit, aut si alias partes in substitutione fecit, quin voluntas servanda sit. Sed hoc quæsitum est in substitutione reciproca, si testator heredes ex imparibus partibus institutos invicem simpliciter substituerit, hoc est, nullarum in substitutione partium mentione facta, utrum in partes viriles, an in hereditarias ex substitutione vocati intelligi debeant. Et D. Pius voluntatem testatoris in hac substitutione sic interpretatus est, ut videatur testator eos vocasse in portiones hereditarias, hoc est, ex iisdem partibus substituisse, ex quibus instituti sunt, *l. 24. hoc tit. & hoc text.* Optima sane ratio: neque enim verisimile est, testatorem plures eos fecisse in gradu secundo, quam in primo; cum substitueret, quam cum institueret; ut proinde partes, quæ in institutione expressæ sunt, repetitæ videri debeant in substitutione: qua eadem ratione etiam legata ab institutis relicta, a substitutis repetita esse intelliguntur, *l. 74. de legat. 1. Ant. Fab. C. suo, tit. 7. defin. 3.*

2 *Quas in institutione expressit*]

(1) *L. 13. d. tit. 5. P. 6.*

(2) *L. 3. d. tit. 5. P. 6.*

sit] Ulpian. *d. l. 24.* hoc sic temperat: *Nisi alia mens fuerit testatoris*: quibus verbis Interpretes denotari & excipi putant etiam casum, quo omnes invicem substituuntur repetitis in substitutione propriis singulorum nominibus, veluti hoc modo: *Titius ex quincunce, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante, heredes sunt. Si Titius heres non erit, Mævius & Sempronius ex parte quoque Titii heredes sunt.* Hic secundum communem sententiam Mævius & Sempronius in portione deficientis Titii viriles, hoc est, æquales, non hereditarias partes habebunt: idque ex non obscura voluntate testatoris, qui in substitutione propria cujusque nomina repetens, jam non ad partes in institutione datas, sed ad personas & numerum substitutorum substitutionem retulisse dicendus sit, *l. 124. de legat. 1.* Atque hanc sententiam etiam D. Viglius probat, ac præceptori suo D. Francisco Curtio, cui ea displicebat, propterea quod Jurisconsultus in *d. l. 24. hoc tit.* requirit voluntatem evidenter expressam, respondet, expressionem propriorum nominum ex interpretatione prudentium vim expressæ voluntatis in hujusmodi quæstionibus habere. Idem probandum est, si testator æquale onus substitutis imposuit, per *l. 23. ad SC. Treb.* Gloss. in *l. 1. C. de imp. & al. substit.* Gomez *1. resol. 5. n. 20.*

TEXTUS.

Si coheredi substituto alius substituatur.

3. *Sed si instituto heredi, coherede substituto dato, alius ei substitutus fuerit, Divi Severus, & Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utramque partem substitutum admitti.*

COMMENTARIUS.

SI paterfamilias Titio & Mævio heredibus institutis, Titium Mævio sine reciprocatione substituerit, & Titio Sempronium, certum est, deficientis Titii partem non accrescere Mævio coheredi Titii, sed ad Sempronium jure substitutionis pertinere. Cæterum hæc species *huc* non pertinet. Et male Hotomanus tali exemplo usus est ad *hujus loci* declarationem. *Hic enim non tantum quæritur de parte ejus, qui coheredi suo substitutus alium substitutum accepit, sed etiam de parte coheredis, cui ille alius expresse substitutus non est; & mirum si uterque defecerit, an pars utriusque ad illum uni tantum substitutum jure substitutionis pertineat: quod hic affirmatur, & in l. 27. l. 41. in pr. hoc tit.* Ex hoc igitur jure hæc regula fiat: *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

2. *Sine distinctione ad utramque partem*] Si scilicet neuter heres extiterit. Videamus primum de partibus: deinde explicabimus, quid

quid illud sit quod ait, *sine distinctione*. De partibus dubitari poterat, non an ambæ ad substitutum pertineant, sed an pertinent jure substitutionis tanquam ad substitutum utriusque. Et jure substitutionis pertinere asserendum est. Nam hoc ipsum satis aperte docet *hoc loco* Justinianus, cum ait, substitutum ad utramque partem admitti; admitti videlicet eodem jure atque ex substitutione, de qua sola *hic* disputatur, & quia, ut diserte ait Jurisconsultus in *d. l. 27. hoc tit.* in utramque partem substitutus intelligitur. Sed quid refert, ex substitutione, an jure accrescendi dicamus portionem etiam Mævii Sempronio deferri? Nihil quidem admodum in casu proposito. Sed sige, præter Titium & Mævium, Cajum quoque heredem institutum, hic jam Sempronio proderit, jure substitutionis deferri portionem Mævii, ut excludat Cajum, quem non excluderet in jure accrescendi.

3. Quid autem illud est, quod ait Imp. *sine distinctione admitti*? Nimirum hoc explicandum ex responso Papiniani in *l. 41. in pr. hoc tit.* Primum, nihil interesse ratione ordinis scripturæ, utrum ante primam substitutionem secunda facta sit, an postea, veluti in hoc exemplo: *Titius & Mævius heredes sunt: Si Titius non erit, Sempronius esto: Si Mævius non erit, Titius esto.* Secundo, nihil interesse, utrum prior substitutus post institutum, an ante decesserit. Sed hic Papiniano objicitur Scævola in *l. 47. hoc tit.* Species,

quam ibi Scævola proponit, est hujusmodi: Qui filium & filiam impuberes habebat, instituto filio herede filiam exheredavit; & si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit: filix si antequam nuberet, decessisset, uxorem suam, item sororem. Et respondet, si filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes, hereditatem filii ad uxorem & sororem testatoris jure substitutionis non pertinere. Nisi Compositorum socordia adscribendum, quod responsum Scævola in *Pandectas* retulerint, cum rescripto Imp. Severi, & Antonini distinctio illa, qua Scævola utitur, sublata esset; mallet cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hereditatis: Scævola autem respondisse de duabus hereditatibus, ad quas rescriptum istud temere producendum non sit, sed in quibus vetus distinctio adhuc obtineat, utrum prior substitutus ante, an post institutum decesserit.

TEXTUS.

Si quis servo, qui liber existimabatur, instituto substitutus fuerit.

4. *Si seruum alienum quis patremfamilias arbitratus, heredem scripserit, & si heres non esset, Mævium ei substituerit; isque seruus jussu domini adierit hereditatem, (Mævius) substitutus in partem admittitur.* *Illa enim verba*: Si heres non erit, in eo quidem, quem alieno

juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur: Si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit: in eo vero, quem patremfamilias arbitratur, illud significant: Si hereditatem sibi, vel ei, cujus juri postea subjectus esse coeperit, non adquisierit. Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.

COMMENTARIUS.

I **I**N explicatione *pr. hujus tit.* diximus, hæc verba: *Si heres non erit*, in persona patrisfamilias significare, si nec ipse heres erit, nec alium heredem mutata postea conditione fecerit. In eo, qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significari, si vel ipse heres non erit, vel ei, cujus juri subjectus est, hereditatem non adquisierit. Si igitur servus aut filiusfam. heredes instituti, & in casum, quo heredes non erunt, substitutum acceperint, & aut ipsi mutata conditione ante mortem testatoris, sibi hereditatem adquisierint, aut in eo statu manentes dominum aut patrem heredes fecerint, substitutus itidem in totum repellitur, *l. 40. de hered. instit. & hoc text.* Cæterum hoc ita, si testator non ignorabat, eum, quem heredem instituit, in aliena esse potestate: nam si patremfamilias esse putabat, qui servus alienus erat, hic propter falsam opinionem, & incertitudinem voluntatis testatoris media via electa est, ut substitutus cum domino servi in partem admittatur, *d. l. 40. &*

seq. de her. inst. & hoc §. Nam ex ratione juris dominus solus admittendus videbatur, cum magis sequendum id, quod in veritate est, quam quod in opinione. Pro substituto autem facit præsumpta voluntas testatoris, qui non videtur domino consulere voluisse, eum heredem instituens quem ignorabat dominum habere.

2 Quæsitum est, si filiusfam. heres institutus, eique hac conditione, si heres non foret, substitutus datus sit, utrum repudiante filio pater, an substitutus admittendus. Duarenus in *comm. ad hunc tit. cap. 10.* pro patre respondet: Viglius ad *hunc §.* pro substituto. Ego cum Viglio censeo, substitutum patri præferendum, quippe cum ille ex manifesto judicio testatoris veniat, hic non item: tum etiam, quia repudiante filio, existit conditio substitutionis, quæ in extraneo herede instituto, qui alieno juri subjectus est, hunc sensum habet, si neque ipse heres erit, neque eum, cujus in potestate est, heredem fecerit, quorum neutrum fit in proposito, *l. 3. C. de hered. inst.*; Adhæc, si coheres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis substitutus? Constat enim, jus substitutionis potentius esse jure accrescendi, *l. 2. §. 8. de bon. poss. sec. tab.*

3 Argumentum præcipuum ducit Duar. a conditione substitutionis, quam putat non minus repudiante, quam adeunte filio deficere, propterea quod repudiatione sua patrem heredem faciat, arg. *d. l. ult. §. 2. C. de bon. qua*

lib.

lib. junct. d. l. 40. de her. instit. & hoc nostro §. Verum in hoc manifeste errat: nam etsi per occasionem repudiationis filii pater hoc consequitur, ut ipse hereditatem filio delatam adire possit, ex *d. l. ult.* non tamen hoc consequitur per filium, sed beneficio legis, quod cessare debet, ubi testator ipse alium heredem sufficit. Per filium ergo, qui repudiavit, pater heres non fit, sed sua ipsius additione, ex persona propria vi constitutionis Justinianæ, quæ eum habet pro instituto, ubi scilicet alius a testatore non vocatur, ne pereat voluntas testatoris: quod non metuitur quando filiofam. datus est substitutus, qui adeundo sustinere eam potest. Quare non est constitutio extendenda in præjudicium hujus, quem testator tam aperte dilexit: nam voluntatem testatoris modis omnibus sartam ac rectam leges omnes conservant. Non aliter autem dominus aut pater per servum aut filium heredes existere possunt, aut hi illos heredes facere, quam adeundo: repudiando autem nequaquam, *l. 7. de adq. her. l. 3. C. de her. inst. & hoc text.* Et alioqui etiam quivis heres institutus hereditatem recusans adire, dici posset, eos qui ab intestato veniunt heredes facere, & coheres coheredem, atque ita fieret, ut fere semper excluderetur substitutus contra manifestam voluntatem testatoris.

4 Nec movere debet quod Ulpian. respondet, filium repudiando patri non nocere, *l. 13. §. 3. de adq. her.* Hoc enim non

Tom. I.

eam sententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eum heredem fieri; sed repudiationem filii non obstat, quominus filius jubente postea patre adhuc adeat. Postremo hoc modo argumentatur Duarenus: Si pater & filius una eademque persona censentur, *l. ult. C. de imp. & al. subit.* nihil referre debet, utrum filius ipse heres institutus, an pater hereditatem adeat. Sed non animadvertit, hoc argumentum in se retorqueri posse, hoc modo: Si pater & filius una persona censentur, filio per repudiationem ab hereditate remoto, etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verum hujusmodi fictionibus juris non est abutendum ad evertendas voluntates defunctorum, quæ in testamentis totum faciunt, *l. 31. §. servum 3. de her. inst.* Ita cum Viglio sentiunt & Fach. 4. cont. 63. Anton. Fab. dec. 33. err. 7. Donell. 6. com. 24. Dissentiant cum Duareno Bart. in *l. 1. hoc tit.* Gloss. in *d. l. ult.*

5 Solent & aliæ quæstiones hoc loco agitari, quas obiter excutiemus; nam instituti ratio non patitur, ut singula exequamur accurate. Prima est, utrum indigno aliquo herede instituto, eique substituto dato in casum, quo heres non erit, fiscus potior sit, an substitutus, hoc est, utrum in proposito fiscus hereditatem indigno auferat, an locus sit substituto. Ego cum Duar. *d. cap. 10.* & DD. comm. pro fisco contra substitutum responderem, per *text.* in *l. 12.* & *jus regulare, toto tit. de his que ut indign. Ne*

Hhh

que

esse poena instituti heredis debet esse præmium substituti, ut generaliter definit Papinian. *l. 15. de senat. Silan.* Non idem juris est in institutione plane incapacis, puta deportati: nam talis institutio cum pro non scripta habeatur, *l. 1. C. de her. inst. testamen- tum a substitutione exordium capiet*, arg. *l. 3. §. ult. de lib. & post.*

6 Alia quæstio est, uter præferendus, substitutusne, an is, in quem extra causam substitutionis hereditas non adita transmittitur. In hac quæstione duo præmittenda sunt. Primum: nunquam transmitti hereditatem ut aditam, sed ut adeundam, si proprie loquamur: nam qui ad hereditatem ab alio aditam venit, non est ejus transmissarius; sed heres: unde non tam ipsa hereditas, quam jus eam adeundi transmittitur; neque enim fieri potest, ut plus juris in transmissarium transferatur, quam quod transmissor ipse habebat. Poterit igitur heres, in quem fit transmissio hereditatem derelinquere aut repudiare, sicut transmittens poterat, *l. 7. §. 1. de adquir. hered. Gomez var. 1. cap. 9. num. 54.* Secundum: eo duntaxat casu transmissioni esse locum, quo heres scriptus hereditatem sibi delatam non recusavit, *l. un. C. de his, qui ante apert. tab.* Jure veteri sui heredes potestate nudæ existentiae hereditatem transmittentibus in heredes, quoscunque, *l. 3. C. de jur. del. l. 8. C. de suis & leg.* Ex constitutione Theodosii liberi omnes delatam sibi a parentibus

hereditatem transmittunt ad descendentes suos, *l. un. C. de his, qui ante apert. tab.* Et denique Justinianus in *l. 19. C. de jur. delib.* hoc jus transmittendi protelavit ad cæteros heredes, statuens, ut omnes omnino sive cognati sint sive extranei, hereditatem ipsis delatam seu jus eam adeundi transmittant ad eorum quoscunque successores intra annuale tempus, quod eisdem heredibus conceditur. Pro triplici ergo hac transmissariorum differentia primo quæritur, si suus heres, qui in casum, quo heres non foret, substitutum accepit, antequam se bonis paternis immiscuisset aut abstinuisset mortuus sit, utrum vi solius existentiae hereditatem transmittat ad successores suos, an admittendus potius substitutus. Et hunc transmissarium præferendum substituto aperte probat *l. un. §. 13. C. de cad. tollend.*

7 Secundo, utrum substitutio potior, an transmissio ex constitutione Theodosii *d. l. un. C. de his qui ant. ap. tab.* Hic item pro transmissario contra substitutum responderem, per *l. un. §. 13. C. de cad. toll.* ubi jus transmittendi, quod ante sui heredes soli & simpliciter habebant, etiam in casu substitutionis Justinianus diserte extendit ad personas lege Theodosiana comprehensas, *Duar. d. cap. 10. Anton. Fab. dec. 34. err. 4.*

8 Tertio, utrum transmissio ex lege Justiniani *d. l. 19. C. de jur. del.* excludat substitutionem, an hæc illam. Et etiam pro trans-

missariis Justinianeis respondendum: quia iis eadem jura tributa sunt in *d. l. 19.* quæ transmissariis cæteris competeant: unde cum hi substitutum excludant, etiam Justinianeis excludent. Ratio autem, qua plerique moti substitutum hujusmodi transmissariis præferunt, quia nempe in hos non hereditas, sed jus duntaxat deliberandi transmittitur, captiosa est: quia neque in cæteros transmissarios plus transfertur; cum hereditas ut adeunda nihil aliud sit, quam jus deliberandi aut eam adeundi.

9 Postremo quæritur, quid juris sit, si institutus beneficio ætatis contra aditionem restitutus sit. Quæstio hæc omnium est difficillima. Sententia communis est, convallescere substitutionem, arg. *l. 44. de re judic. l. 1. §. antepen. l. 2. §. 10. ad SC. Tertyll.* Sed contraria de jure verior videtur, per *l. 5. C. de impub. & al. substit. l. ult. de success. edict. l. 7. §. 10. de minor.* Neque temere beneficium restitutionis extra personam minoris in alterius favorem porrigi debet. Nunc ad institutum redeamus.

10 *Mavius in partem admittitur*] Non exprimit in quotam: & ita quoque simpliciter scriptum est in *l. 41. de hered. instit.* Et non ambigo, quin ex æquo; quomodo hunc locum & Theophilus interpretatus est: & interpretandum esse vel hoc unum argumento esse debet, quod *partis* nomen, nisi quid aliud adjiciatur, semper dimidiam significet, *l. 164. §. 1. de verb. sign. l. 43.*

de usufruct. Et rogo, in re dubia, ubi paria in utramque partem argumenta afferuntur, quam rationem vel in speciem habere potest inæqualis ista distributio?

11 Obstat tamen huic sententiæ *l. 40. de her. inst.* ubi Julianus in hac ipsa specie aliam partitionem facit, & duos vult semisses fieri, ita ut alter semis inter dominum & substitutum æquis portionibus dividatur; cumque de altero semisse nihil definiat, eum domino Gloss. & plerique assignaverunt. Alciatus *1. disp. 2. scribit*, se in veteri exemplari ita legisse in *pr. d. l. Eique, si heres non esset, Sempronium coheredem substituerit*, quam lectionem verba in *calce ejusdem responsi* posita mire juvant. Ait enim Julianus: *Igitur in hoc casu semisses fient.* Cur ait, *in hoc casu*, nisi ut significet, se talem casum proposuisse, cui conveniret hæc divisio? nempe quando servo, qui liber putabatur, coheres substitutus est: in aliis autem non idem juris esse. Igitur in casu a Juliano proposito de uno semisse ambigi non poterat; quippe quem Sempronius ex institutione accipit, non dominus servi: de altero poterat; & hunc Julianus ait, dividi oportere inter dominum servi & Sempronium. Et merito, quia in hunc erat substitutus. Plane si manifeste appareat, testatorem per eum, quem opinionis errore liberum esse credens, heredem instituit, ad alium quenquam hereditatem pertinere noluisse, conditio substitutionis extitit, & soli defertur hereditas substituto, *l. 3. C. de her. inst.*

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

Dig. Lib. 28. Tit. 6. Cod. Lib. 6. Tit. 26. (1).

Sequitur directæ substitutionis species altera, quæ a subjecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis fit pupillis; non ut prior illa promiscue quibusvis. Etsi autem is deinceps pupillus dicitur: *Qui cum impubes sit, in potestate patris esse desiit*, l. pupillus 239. de verb. sign. tamen quia vis omnis testamenti & substitutionis confertur in mortem testatoris, id est, in id tempus, quo filius pupillus futurus est, recte hoc respectu pupillaris vocatur. Et ut genus dividi potest in propriam seu veram, & quasi seu exemplarem. Utraque fit in eum casum, quo institutus heres erit; propria fit liberis impuberibus, si heredes extiterint & intra pubertatem moriantur; quasi seu exemplaris fit mente captis, si heredes extiterint & decesserint in eadem mentis alienatione.

TEXTUS.

Forma, effectus, origo, & ratio pupillaris substitutionis.

Liberis suis impuberibus, quos

(1) Tit. 5. P. 6.

(2) L. 5. d. tit. 5. P. 6.

in potestate quis habet, non solum ita, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si heredes ei non extiterint, alius sit ei heres, sed eo amplius, ut si heredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres; veluti si quis dicat hoc modo: Titius filius meus heres mihi esto. Et si filius mihi heres non erit; sive heres erit, & prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, tunc Sejus heres esto: quo casu, siquidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres: si vera extiterit heres filius, & ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus (2): nam moribus institutum est, ut quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.

COMMENTARIUS.

Liberis impuberibus] l. 2. in pr. eod. puberibus in tantum non licet, ut etiam si ab initio facta impuberi substitutio sit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguatur, §. pen. inf. eod. (3).
Cur

(3) L. 10. d. tit. 5. P. 6.

Cur autem solis liberis impuberibus hoc modo substitui permissum sit, in fine hujus §. dicitur.

2 In potestate] Etenim patriæ hoc datum potestati est (1): & ideo pater filio emancipato ita substituere non potest, d. l. 2. in pr. multoque minus mater liberis suis. Nam quod in specie l. 33. eod. pupillares tabulæ appellantur, quas mater filio impuberi fecit, ex eo minime concludendum est, posse & matrem liberis impuberibus pupillariter substituere. Proponitur enim mater filio impuberi substitutionem fecisse non in casum secundum, si heres erit, sed in primum, si heres non erit. Vulgaris igitur illa, non pupillaris substitutio est. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit, primum ratione objecti, quia substitutio facta filio, dum adhuc esset in ætate pupillari: deinde quia substitutio confertur in mortem impuberis, & in ea specie effectum quodammodo substitutionis pupillaris habet, saltem quod attinet ad bona matris, ut recte monet, atque hoc Africani responsum temperat Cujac. 2. ad African. Consilium hoc prudentum fuit, a quibus excogitata quoque est cautio & velut ratio quedam, qua cum vi & effectu pupillaris substitutionis etiam filio emancipato substituitur, l. 39. hoc tit.

3 Non satis autem est, liberos in potestate esse, nisi simul proximum in familia testatoris gradum obtineant, hoc est, sui heredes sint testatori: nam si,

(1) D. l. 5. tit. 5. P. 6.

verbi causa, pater nepotem antecedit, non poterit avus huic nepoti pupillariter substituere, quia post mortem avi recasurus est in potestatem patris sui, d. l. 2. in pr. quo fit, ut jam non propter ætatem aut quia impubes, testamentum facere non possit aut heredem ex testamento habere: sed quia filiusfam. cui nec puberi testamenti faciendi jus est, & de cujus successione jure veteri omnino quæri non potuit. Plane ex formula legis Vellejæ de qua egimus supr. §. 2. de exher. liber. etiam nepotibus, quos pater præcedit, substitui potest, d. l. 2. in pr.

4 Necessè autem est ut substitutio pupillaris valeat, liberos esse in potestate, nedum tempore quo pater moritur, sed etiam eo quo substitutio fit. Nam verba juris de hac substitutione constituti conferuntur in tempus præsens substitutionis, & cum qualitas aliqua requiritur ad constitutionem alicujus actus, ea inesse debet eo tempore, quo actus geritur, l. 49. §. 1. de her. instit. §. 4. infr. de her. qual. tritumque est, quod ab initio non consistit, ex postfacto non posse convalescere. Accedit præterea textus satis clarus in l. 41. §. 2. hoc tit. Verba sunt: *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.* Quibus verbis Jurisconsultus aperte significat, præter tempus mortis aliud quoque esse, quo oporteat impuberes esse in familia: hoc autem tempus non aliud in-

tel-

telligi potest, aut debet, quam id, quo fit substitutio. Vide Duaren. ad *hunc tit. cap. 14.* Don. 6. *comm. 25.* & D. Covarr. in *cap. Raynutius de testam. §. 5.*

5 *Veluti si quis &c.*] Formula mixtæ & gemellæ substitutionis, quæ a Modestino duplex dicitur, quia utrumque casum complectitur, & substitutionis vulgaris & pupillaris, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Atque olim quidem, ut credibile est, qui sibi & liberis suis in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio Jurisconsultorum disjunctiva hac formula usi fuerunt; vel quia ex plurium sententia substitutio non operabatur ultra casum expressum; vel quia ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Imp. Marci & Severi constitutione effectum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligeretur, *l. 4. in pr. eod.* Primum igitur, quod positum est extra omnem controversiam, vulgari casu expresso continebitur etiam pupillaris; veluti si pater impuberi filio heredi instituto ita substituat: *Si filius heres non erit, Titius esto.* Hic enim placet, Titium etiam in hunc alterum casum: *Et si filius heres erit, & impubes decesserit*, tacite substitutum videri, *d. l. 4. in pr.* nisi voluntas testatoris refragetur, *l. 4. C. eod.* (1). Etenim quod pupillaris substitutio hic quoque admittitur, id fit ex sola conjectura voluntatis; quæ hinc ducitur, quod

(1) *D. l. 5. tit. 5. P. 6. vers. E. aua, cum seqq.*

credibile sit, eum, qui aliquem sibi heredem esse voluit, si filius non esset, voluisse quoque eundem esse heredem filio, si filius heres esset & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videretur, nec sibi magis prospexisse, quam impuberi filio: cui etiam utile esse creditur, heredem a patre accipere, *l. 42. de adq. her.*

6 In voluntate autem testatoris manifeste contraria hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat: hic qui in primum casum substitutus est, minime intelligi debet substitutus quoque esse in casum secundum, contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expresse in secundum casum substitutum dedit, *§. 3. infr. eod.* aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum substitui non potest; quod cum fit, palam est, testatorem in eum duntaxat casum substitutionem fecisse, quem expressit. Huc etiam pertinet quod dicimus *infr. num. 17.*

7 Porro etiam vice versa expresso casu substitutionis pupillaris dicimus contineri & casum vulgaris. Cæterum hic nobis litem movent Polit. *de subst. pup. quest. 8. num. 39.* Vigl. *hic num. 19.* Ant. Fab. *dec. 32. err. 9. & 10.* pauci (quanquam nonnullos alios Viglius laudat), sed magni viri. Hi multis

in contrarium disputant ac serio contendunt, in substitutione pupillari expressa vulgarem tacite nunquam contineri. Nos quidem numero Interpp. nobiscum sententium longe superiores sumus, sed hoc parum est, nisi legum auctoritate vincimus & ratione. Videamus ergo, an in hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primum verbis ipsis constitutionis Imp. Marci & Severi relatis a Modestino *d. l. 4. in pr.* quæ hæc sunt: *Cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque &c.* Non ait Jurisconsultus, *cum pater in primum casum*, quomodo Imp. loqui debuerant, si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent; sed *cum in alterum casum*, hoc est, unum ex duobus sine ulla distinctione, primum an secundus tantum expressus fuerit.

8 Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis quæstionem hanc proponentis & decidentis in *d. l. 4. §. 2.* Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque herede instituto, puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes heres existeret & intra pubertatem moreretur: ait Jurisconsultus, hoc casu fratrem puberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem, si in utrumque casum expresse impuberi substituat, hoc apparet eum facere

propterea quod in specie mutæ substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum duntaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantum, hoc est, in pupillarem videri debeat impuberi substituisse.

9 Deinde fortior voluntatis conjectura est pro intelligenda substitutione vulgari sub pupillari, quam vice versa. Nam si testator, qui duntaxat ad bona sua expresse vocavit substitutum vulgarem, censetur vocasse quoque eundem ad bona impuberis, adveniente casu pupillaris substitutionis; multo facilius, censendus est voluisse, ut substitutus, cui & bona sua & impuberis reliquit, habeat bona ipsius testatoris sola, existente casu vulgaris substitutionis, cum ad hæc eadem bona eum manifesto vocaverit post pupillum in pupillari ætate decedentem. Ex quo vel solo refelli possunt nullo negotio rationes eorum, qui contra sentiunt: nam auctoritate quidem nulla nituntur, nisi quod Ant. Fab. nobis objicit Javolenum in *l. 28. de reb. aut. jud. poss.* quo tamen loco longe aliam quæstionem Juriscons. tractat; nimirum an creditoribus paternis actio detur in substitutum impuberis, qui patris hereditate se abstinet. Infert quidem Javolen. ex eo quod institutus filius paterna se hereditate abstinet, bona defuncti

tanquam vacantia veniisse a creditoribus; sed non ideo protinus concludendum est, substitutum non potuisse admitti vi tacitæ vulgaris: imo existimandam est, ipsum substitutum, qui filii hereditatem adiit, repudiasset paternam, qua jam filius se abstinuerat, tanquam damnosa.

10 *Quam in suam tutelam venerit*] Antiqua locutio, qua veteres pupillarem ætatem significabant, l. 5. §. 2. *quibus ex caus. in possess.*

11 *Si quidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres*] Quando accidat, ut pupillus heres non existat, & substitutus vi vulgaris formulæ patri heres fiat, diximus in *pr. tituli præcedentis*.

12 *Si vero extiterit heres filius*] Videamus item quando filius patri heres extitisse intelligatur cum hoc effectu, ut filio intra pubertatem mortuo, heres ei fiat pupillariter substitutus. Et certi juris est, si filius decesserit post immixtionem, substitutum admitti, heredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris sit, si filius mortuus sit non declarata voluntate sua super immixtione, aut abstentione. Verum illud bellissime quæritur, an etiam filio, qui expresse abstinuit, intra pubertatem mortuo, substituto pupillari locus fiat, & quod dicitur, nuda sui heredis existentia confirmantur tabulæ patris & pupilli. Dixeris enim, nudam existentiam vim istam habere non posse, ac proinde substitutum in proposito excludi: quem si admittimus, nu-

dæ existentia tribuimus vim aditionis: cui consequens hoc absurdum est, suo heredi frustra in vulgarem casum substitui, cum vulgaris substitutio adita hereditate expiret.

13 Adhæc, cum dicamus, in substitutione vulgari verba hæc: *Si filius heres non erit*, ex mente substituentis patris sic accipiendâ esse, si immiscere se paternæ hereditati noluerit; etiam ex contrario, quæ sunt pupillaris substitutionis: *Si filius heres erit*, sic accipi oportebit, si bonis patris se immiscuerit: ut utrobique immixtio, & non nuda existentia cum aditione conferatur. Quibus etiam accedit, quod apud Julianum reflatum est, si duo fuerint a patre instituti cum filio impubere, eidemque substituti, necesse esse ad tabulas patris confirmandas, unum ex iis hereditatem patris adire, l. 11. §. 1. *ad senat. Treb.* Cæterum quominus ita statuamus, impedimur textu expresso l. 12. *hoc tit.* item l. 42. *de adq. hered.* l. 28. *de reb. aut. jud. poss.* ubi disputant Jurisconsulti, an pupillo, qui abstinuit bonis patris, mortuo, substituto concedi debeat separatio bonorum patris & filii, ut ex substitutione pupilli tantum hereditatem adeat: stulte & inepte, si substitutus, abstinente pupillo, nullo modo ex substitutione venire potest. Dicendum ergo omnino est, etiam in casu præsentis, cum pupillus abstinuit, ex substitutione pupillari hereditatem deferri substituto, nudæque sui heredis existentia vi confirmari tabulas pupilla-

res: quod etiam perspicue probat l. 44. *de re jud.* l. 41. *de adq. her.*

14 Nec vero adeo absurdum videri debet, quod in substitutione pupillari vim aditionis tribuimus existentia; in vulgari autem non nudæ existentia, sed immixtioni: non enim necesse est, ut nomen heredis aut existentia in utriusque substitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur. Nam ut concedamus, etiam in pupillari substitutione patrem his verbis: *Si filius mihi heres erit*, de herede, qui cum effectu heres futurus sit, cogitasse: ratio tamen juris & favor pupilli postulant, ut sola existentia quoad effectum, de quo quærimus, pro aditione habeatur, & sustineantur tabulæ pupillares, cum hoc utile pupillo censeatur, d. l. 42. *de adq. her.* Plane si filio datus sit coheres extraneus, vulneratur suitas, ut loquitur Porcius ad *tit. de Atil. tut.* atque hic quia vires testamenti a coherede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum & substitutionis pupillaris non sufficit, filium sola potestate juris pro parte sua heredem extitisse, sed si hic se abstinuerit, ut tabulæ valeant, necesse est, ut patris hereditas ab extraneo adeatur, d. l. 11. §. 1. *ad senat. Treb.* Atque ita quoque explicanda l. 2. §. 1. *hoc tit.* Etenim sui heredis nuda existentia, quæ contingit ipso momento mortis paternæ, non potest in solidum confirmare testamentum, ubi eodem tempore adest heres

alius, qui adire potest. Vid. Bart. in l. 12. *hoc tit.* & d. l. 11. §. 1. *ad Sc. Treb.* qui meo iudicio feliciter hæc expedit, quam vel Cujac. 26. *obs.* 1. vel Anton. Fab. *dec.* 31. *err.* 8.

15 *Ipsi filio fit heres substitutus*] Et in tantum succedit, quantum filii fuit, cum is moreretur, sive a patre obvenerit, sive quæsitum aliunde. Etenim substitutio pupillaris testamentum pupilli est, in quo testator non suis bonis, sed impuberis heredem substituit, l. 10. §. 5. *hoc tit.* (1). Excipitur substitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex substitutione pertinere potest, quam quod ad impuberem pervenit ex bonis ac beneficio adrogatoris, d. l. 10. §. 6. (2).

16 Quia vero ex notissima ratione juris, quandiu ex testamento deferatur hereditas, aut saltem spes est fore, ut deferatur, heredes ab intestato succedere non possunt, certum est, legitimos pupilli heredes, id est, eos omnes, qui citra substitutionem pupillo ab intestato successuri fuissent, a substituto hereditatem admittente excludi, & consequenter etiam matrem pupilli (3): quamquam de ea ratio est, cur dubitetur. Nam mater præ legitimis heredibus hanc prærogativam habet, quod a liberis præterita testamentum eorum inofficiosum dicere possit. Cum igitur mater hoc jus habeat, cum liberi per se testamentum faciunt, videri potest idem jus etiam tunc matri com-

Tom. I.

(1) L. 7. d. tit. 5. P. 6.

(2) L. 9. eod.

Iii

(3) L. 12. eod.

pe

petere, cum non liberi ipsi sibi, sed pater eis testamentum facit: nam quod quis ex persona & nomine alieno facit, majorem vim habere non potest, quam haberet, si ille ipse id fecisset, cujus nomine factum proponitur, l. 51. §. 1. de proc. Contrarium tamen diserte ab Ulpiano responsum est l. 8. §. 5. de inoffic. test. nempe matrem impuberis non posse testamentum inofficiosum dicere, adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc significare voluit Jurisconsultus, querelam inofficiosi testamenti hoc colore instituendam, quasi non sanæ mentis fuerit qui testamentum ordinavit: hujus autem rei pupillum argui non posse, qui ipse testamentum non fecit; uxori vero contra mariti testamentum querelam non competere. Neque vero pater, cum liberis suis testamentum facit, testatur ex persona & nudo nomine liberorum, sed jure proprio atque ex persona sua, vi scilicet & potestate juris patrii. Hoc ipsum manifeste quoque confirmat l. 9. C. hoc tit. quo loco Justinianus prohibet admitti querelam contra substitutionem mentis capti, idque ait se constituere ad exemplum substitutionis pupillaris. Negata querela, consequens omnino est, matrem a substituto pupillari excludi etiam quoad legitimam: idque constitutione Bonifacii VIII. nominatim expressum est cap. 1. in fin. de testam. in 6. Licet filius, inquit Pontifex, testamento suo matrem portione jure naturæ debita privare non

possit: pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest.

17 Porro si hoc obtinemus in substitutione pupillari expressa, nulla ratio est, cur non idem statuamus in tacita, quæ vulgari expressa continetur. Nam cum ex constitutione Imp. Marci & Veri hic non minus testamentum, atque ex eo heredem pupillus habeat, quam si expresse in casum quoque pupillarem substitutum accepisset, ratio juris efficit, ut nemo, sive mater sit sive quis alius, ad legitimam pupilli successionem venire possit aut per querelam testamentum evertere. Quæ sententia satis aperte confirmatur a sensu contrario in l. 2. C. hoc tit. in qua Imp. respondent, ideo in specie illic proposita matrem admitti, quia testator, filio impubere & aliis quibusdam personis non ejusdem conditionis heredibus institutis & invicem substitutis, non intelligitur sensisse de alio casu, quam qui in omnium persona locum habere potest, id est, de vulgari tantum (1): quo non obscure significatur, si personis omnium uterque casus conveniret, aliud respondendum esse: quo etiam faciunt l. 45. hoc tit. l. 4. C. eod.

18 Sed duo loci hic nobis obiciuntur, l. 8. C. hoc tit. & l. ult. C. de instit. & subst. Ad priorem bene respondet Puga cap. 4. de vulg. & pupill. subst. num. 7. intelligi debere de eo casu; quo filius institutus post pubertatem decesserit, & merito rejicit num. 6. opinionem existimantium in te-

sta-

stamento militari, vulgarem substitutionem expressam non continere pupillarem tacitam. In l. ult. C. de instit. & subst. hic casus proponitur: Testator posthumum & uxorem heredes scripsit, & si posthumus natus non esset, Mævium sibi heredem esse voluit. Natus est posthumus & impubes superstitite matre decessit. Papinianus & Ulpianus putaverunt, voluntatis esse quæstionem, & matrem potius quam substitutum ad successionem impuberis admittendam: & secundum eos Justinianus quæstionem sic decidit, ut nolit substitutionem istam vim tacitæ pupillaris habere adversus matrem, id est, si posthumus natus impubes viva matre decesserit: sin illa prior mortua sit, valere adversus cæteros. Quis vero non videt, hujus constitutionis speciem & rationem singularem esse, ac proinde non facile ad alios casus porrigendam? Ostendunt hoc verba, in hac specie, in hujusmodi casu, & quo colore alioqui Papin. & Ulp. post constitutionem D. Marci voluntatis hic esse quæstionem respondissent? Credibile autem est, Jurisconsultos & Imp. in casu, ut propositus est, considerasse primum, quod mater ex parte hereditatis & ipsa instituta fuit, posthumoque coheres data, si posthumum nasci contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod scilicet testator uxorem suam, quam ita dilexit, ut eam sibi quoque cum filio heredem esse voluerit, minime credendus sit voluisse excludere a lucrosa hereditate filii.

19 Deinde, quod substitutio facta proponitur, non in casum illum generalem & germanam substitutionis vulgaris: Si filius posthumus heres non erit, sed in casum specialem & nominatim in hunc: Si posthumus natus non erit. Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temere, ubi mater in medio est, & præsertim coheres posthumo data, hunc casum: Si posthumus natus non erit, trahendum esse ad oppositum: Si posthumus natus fuerit, & impubes decesserit; ne fiat contra voluntatem testatoris, qui non videtur eum, quem posthumo substituit, & sibi heredem designat nominatim in eum casum, quo posthumus natus non fuerit, & quo existente nec mater, nec filius, nec hereditas filii intelligi potest, etiam in contrarium casum, si natus fuerit posthumus, & viva matre decesserit, ipsi posthumo heredem esse voluisse, exclusam matre a lucrosa filii hereditate. Proinde concludimus, pro substituto semper respondendum esse, etiam cum mater in medio est, sive de expressa sive de tacita pupillari quærat, quoties ex certis, aut probabilibus conjecturis colligi non potest, voluntatem testatoris refragari: ita & Vigl. hic, Don. ad l. 8. C. hoc tit. Ant. Faber 15. conj. 9. & seq. & dec. 33. err. 5. late Vasq. de succ. prog. §. 15. num. 55. & seq. Dissentiunt DD. Gloss. in d. l. 9. Gomez 1. resol. 4. num. 8. Covarr. in cap. Rynutius de testam. §. 4. num. 6. Fachin. 4. contro. 40. & 41.

Iii 2

, IN

(1) D. l. 5. tit. 5. P. 6. vers. Fueras ende, cum seqq.

20 , IN HISPANIA , quamvis in *vers.* E' aun decimos l. 10. tit. 5. P. 6. manifeste & indistincte statuatur non esse locum substitutioni pupillari , si filius noluerit heres esse , nullam in eo fraudem faciens ; tamen eum restringit Gregor. Lop. gloss. 10. *ejusdem l.* ad casum , quo filio instituto coheres extraneus datus est. Et sane *laudatus vers.* non obscure desumptus est ex l. 2. §. 1. de *vulg. & pupill. subst.* quæ utique intelligenda de casu , quo extraneus institutus est , ut bene probat Santolaria in l. 42. de *adq. her. n. 11.* Et hodie stante l. 1. tit. 4. lib. 5. *Recop.* quæ vult sustineri legata & cætera in testamento contenta , quando heres institutus heres esse noluerit , omnis dubitatio , qua alioqui substitutus impediri posset , sublata est , ut recte monet Ant. Torres *hic vers. Si vero.*

21 , Obiter quoque monendum sumus non posse apud nos avum pupillariter substituere nepoti , quandoquidem hic in illius potestate non est , ut vidimus in §. 3. de *patr. pot.*

TEXTUS.

De substitutione mente capti.

1. *Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscunque sexus, vel gradus, lē-*

ceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari sancimus. & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ, postquam pupillus adoleverit, infirmatur (1).

COMMENTARIUS.

1 *Hoc §.* agitur de substitutione mente capti , quæ substitutioni pupillari finitima est , atque ejus species quædam imperfecta : unde a nonnullis *quasi pupillaris* dicitur. Veteres Interpp. *exemplarem* vocant , eo quod ad exemplum pupillaris introducta est (2). Sciendum vero , ante tempora Justiniani neque lege , neque moribus licuisse parentibus , liberis suis puberibus testamentum facere sive substituere prætextu vitii alicujus , sive animi sive corporis , ob quod ipsi testamentum facere non poterant , nisi , ut id sibi liceret , specialiter a Principe impetrassent , l. 43. *hoc tit.* quod quia vel non semper impetrari , aut non sine magna molestia poterat , humanum tamen videbatur , Justinianus jus regulare fecit , atque ex privilegiario commune , data parentibus potestate , quantumvis non impetrata a Principe licentia , liberis suis mente captis , licet puberes sint , ad eum modum substituendi , quo jam antea ex more recepto parens filio impuberi substituere poterat , nimirum in eum casum , quo heredes existerent , & in eadem con-

stitutione mentis decederent , l. 9. C. *hoc tit.* Utriusque hujus substitutionis similitudo & dissimilitudo ostendetur in progressu.

2 *Qua ratione*] Nimirum eadem illa , quam modo dixit causam fuisse comparandæ atque in mores inducendæ substitutionis pupillaris. Hoc enim significat , eadem ratione , qua antea receptum fuit , ut parentes liberis impuberibus testamentum facerent , quia scilicet liberi ipsi propter ætatem sibi facere non poterant , se excitatum permisisse parentibus substituere liberis etiam puberibus , qui non sanæ mentis sunt , & ob eam causam ipsi testari non possunt.

3 *Ut si qui*] Sine distinctione sexus aut gradus , aut potestatis parentum : ne quis ex similitudine substitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantum referat , qui liberos habent in potestate. Etenim substitutio hæc non ex ratione aliqua juris civilis , sed ex sola humanitate , affectione , pietate & cura parentum erga liberos introducta est , quæ eadem est in omnibus parentibus , d. l. 9. quod tamen timidius diceremus , nisi ipsis legis verbis parentibus omnibus eadem potestas tribueretur : *Parenti, qui vel qua testatur ; testatori vel testatrici.* Poterit igitur & mater hoc modo substituere , & avia , & pater filio emancipato (1). Atque hæc est prima hujus substitutionis & pupillaris differentia. Quod si mente capto emancipato uterque parens superstes sit , rationi juris consentaneum est , ut patris po-

tius quam matris substitutio rata sit , ut recte Vasq. lib. 2. de *succ. prog.* §. 17. num. 39. & seq. Donnell. 6. *comm.* 27. Quamvis receptum magis , ut cujusque substitutio valeat in bonis ab eo profectis , teste Sichardo in d. l. 9. num. 8. quod etiam probat D. Perez in C. *hoc tit.* num. 31. Sed hoc neque naturæ hujus substitutionis communi cum pupillari videtur convenire : nam utraque fit bonis liberorum omnibus ; & insolens est , aliquem cum duobus testamentis decedere.

4 *Mente captos*] Existimo constitutionem Justiniani ad prodigos , atque adeo ad surdos & mutos quoque liberos porrigendam : quo casu ipsi testari non possunt : quæ & communis sententia est , fundata in constitutionis humanitate & ratione , quæ his omnibus convenit , nimirum ut qui ipsi sibi testamentum facere non possunt , parentes eis faciãnt , quodque olim non licebat nisi ex privilegio , nunc liceat jure communi , Gómez 1. *resolut.* 6. m. 3. & 4. Covarruv. in *cap. Raynutius* , §. 6. n. 1. Plane ad phreneticos constitutionem non pertinere tradunt comm. DD. & probat Vasq. d. §. 17. n. 108. per verbum constitutionis *perpetuo.*

5 *Etsi puberes sint*] Secunda differentia , quæ principalis est inter hanc substitutionem & pupillarem. Ait , *etsi puberes.* Licetne ergo etiam impuberibus exemplariter substituere ? De patre , qui emancipavit , non quæritur , nec de matre substituere volente ; quoniam in his terminis sola exempla-

ris

(1) L. 11. d. tit. 5. P. 6.

(2) D. l. 11.

(1) D. l. 11. tit. 5. P. 6.

ris locum habet : sed de patre , in cuius potestate est impubes mente captus . Ratio dubitandi orta a simili . Quemadmodum enim curatio agnatorum , in qua lex XII. Tab. jubet esse furiosos , ad impuberes non pertinet , qui ex jure ordinario in tutela sunt , l. 3. de tutel. ita videri potest , nec pertinere ad eos hæc extraordinaria substitutio , cum pater jure ordinario his substituere possit pupillariter . Sed non sunt hæc similia : nam finita tutela succedit & administrationem bonorum puberis suscipit curator , quem lex aut Magistratus tutori subrogat , ut in omnem eventum hic furioso prospectum sit : finita autem substitutione pupillari , & durante adhuc mentis alienatione , non succedit exemplaris substitutio , neque quisquam est , qui heredem mente capto dare queat . Quamobrem magis est , ut dicamus , posse patrem etiam exemplariter filio substituere , ut duret ea substitutio etiam post pubertatem , quandiu manet eadem mentis constitutio , ita & Duar. in tit. de vulg. & pup. cap. 19. & DD. comm.

6 Ad exemplum pupillaris substit.] His verbis significatur , licere patri filio mente capto substituere in casum secundum : Si filius heres erit , ut receptum est in pupillari . Deinde etiam debere patrem , qui exemplariter substituit , sibi prius testamentum facere , sibi que in eo heredem instituere , quam filio substituat , perinde ut in substitutione pupillari , §. 5. infr. eod.

(1) D. l. II. tit. 5. P. 6.

7 Certas personas] Differentia tertia . In substitutione pupillari licet impuberi filio quosvis substituere , etiam fratribus ejus præteritis : in substitutione mente capti non licet ; sed in hac primum liberi , si quos habet : dein his non extantibus fratres mente capti substituendi sunt : demum si nec fratres erunt , permissum substituere quemlibet , d. l. 9. C. hoc tit. Et notandum , quod in constitutione adjicitur , non esse necesse , si plures sint mente capto liberi aut fratres , ut substituantur omnes , sed satis esse , vel unum ex iis substitui , ut valeat substitutio , licet reliqui non sint exheredati : nihil enim de cæteris exheredandis exprimitur .

8 Sin autem resipuerint , infirmari] (1) . Deficiente nimirum conditione hujus substitutionis : ut enim pupillaris substitutionis hæc propria est : Si filius impubes decesserit , ita exemplaris hæc propria : Si mente captus in eadem constitutione mentis decesserit ; ac proinde ut illa pubertate , ita hæc finitur resipiscentia : quomodo veteres quoque principalia rescripta interpretati sunt , quibus specialiter aliquibus concessum erat , liberis puberibus ob infirmitatem aliquam , propter quam ipsi testari non poterant , testamentum facere : iniquum enim esset , testamenti factionem adimere homini sani sensus & mentis , l. 43. hoc tit. ubi indicatur alius quoque modus , quo hæc substitutio infirmatur , sui heredis agnatio (2) . Quid autem si filius in eandem mentis

(2) D. l. II. eod.

abalienationem reciderit ? Zasius tractat. subst. exempl. post Baldum & Solicet. in d. l. 9. C. hoc tit. distinguit inter modicum & longum intervallum , ut illo casu duret , hoc evanescat substitutio , quod & Covarr. in d. cap. Raynuitius , §. 6. num. II. probat . Perezius ad eund. tit. C. num. 33. indistincte negat unquam convalescere . Vasquius contra convalescere ait , sed ita , quasi interim non extinctam , idque etiamsi filius tempore mortis paternæ adhuc sit sanæ mentis , lib. 2. de success. progress. §. 17. num. 48. & seq. quæ etiam est communis opinio secundum Jason. & alios a Vasquio & Covarr. allegatos . Ratio juris suadet , ut dicamus cum Donnell. 6. comm. 27. siquidem filius vivo adhuc patre in eundem morbum reciderit , magis esse , ut substitutio duret , arg. l. 6. §. 2. de her. inst. §. 4. infr. de her. qual. nisi forte per id tempus , quo sanæ mentis fuit , ipse testamentum fecerit , per §. 1. supr. quib. non est perm. fac. test. Quod si tempore mortis testatoris sanæ mentis fuerit , evanescere substitutionem , arg. l. 41. §. 2. hoc tit.

9 , IN HISPANIA , si mente capto , cui pater substituit , fuerint liberi , eos omnes substitui , necesse erit : at his non extantibus non omnes mente capti fratres substituendi ; sed unum dumtaxat sufficere substituere , arg. l. II. tit. 5. P. 6. Et cum filius , cum testamentum habere queat , ut vidimus in pr. quib. non est per. fac. test. nihil oberit matri , quominus filio suo mente capto

, in potestate patris existenti exemplariter substituat : quod juri Romanorum non congruit .

TEXTUS.

Proprium pupillaris substitutionis.

2. Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta : alterum patris , alterum filii , tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset : aut certe unum testamentum est duarum causarum , id est , duarum hereditatum .

COMMENTARIUS.

I Redit Imp. ad institutum initio disputationem de substitutione pupillari . Ait , in ea substitutione duo quodammodo esse testamenta : quæ verba captanda non sunt . Etenim non hic eorum sensus est , in pupillari substitutione , quatenus sola & per se spectatur , duo esse testamenta , quæ oratio implicaret contradictionem : quippe in pupillari substitutione soli pupillo heres datur , cuius idcirco etiam testamentum dicitur , licet patrem auctorem habeat , l. 20. hoc tit. & passim ; ea vero pars , qua impubes ipse , aut alius heres instituitur , patris testamentum constituit , nulloque modo appellari potest substitutio pupillaris . Sed ita accipienda sunt , ut simul comprehendatur ipsa impuberis institutio secundum formulam in pr. traditam : quod ostendit

stendant verba: *Secundum præfatum modum ordinata.* Hoc sensu recte dicitur, duo hic quodammodo testamenta esse; alterum patris, alterum filii. Hinc enim est, quod utriusque mors expectanda: duplex item apertura tabularum; si pupillares seorsum obsignatæ, l. 8. *testam. quem. aper.* quod pater una hora sibi, altera filio heredem facere potest, l. 16. §. 1. *hoc tit.* sibi per scripturam, filio per nuncupationem, & contra, d. l. 20. *eod.* quod filio substitutus, eo absente, non cogitur paternis creditoribus respondere, l. 42. *de adq. hered.* & apparet hoc luculentius in substitutione exheredati.

2. *Unum testamentum duarum causarum*] Recte quoque, sed sensu diverso, unum hæc esse testamentum dicitur, l. 2. §. 4. d. l. 20. *hoc tit.* nimirum, tum ratione causæ efficientis, quia unum dantaxat auctorem habet; tum formalis, quia unica solemnitate contentum, veluti unis septem testium signaculis, d. l. 20. tum ratione subsistentiæ, quia pupillare testamentum per se non subsistit, sed paterni accessio est, quo rupto, rescisso aut irritato, & simul concidit, l. 16. §. 1. *eod.* §. 5. *infr. hoc tit.* Atque hinc est, quod in tabulis patris & filii una Falcidia servatur, l. 11. §. 5. *ad l. Falcid.* quod juri accrescendi locus est inter patris & pupilli tabularum legatarios, ut inter se conjunctos, l. 34. §. *sed si 10. de legat. 1.* & si quæ sunt alia generis ejusdem. Hotomanus

(1) L. 6. tit. 2. P. 6.

singula accurate persecutus est.

TEXTUS,

Alia forma substituendi pupillariter.

3. *Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeat, ne filius suus pupillus adhuc ex eo quod palam substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat, vulgarem quidem substitutionem palam facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam, si heres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamque partem proprio lino, propriaque cera consignare: & in prioribus partibus tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiatur (1). Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod in iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset: quamvis pupillo hoc periculosum sit.*

COMMENTARIUS.

I Quia substitutio hæc pupillo periculosa videtur, consilium hoc loco parentibus datur, ut eam in ima parte tabularum scribant, linoque proprio trajecto contractam obsignent, & veantque, ne vivo & adhuc impubere filio aperiatur.

Pe-

2. *Periculo insidiarum subjaceat*] Vulgaris substitutio rarius periculum liberis impuberibus creat, quia adita hereditate spes omnis successionis substituto præciditur. Potest tamen & ipsa causam præbere insidiis. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent. cap. 11.* legimus, mulierem quandam Milesiam, accepta a secundis heredibus pecunia partium sibi medicamentis abegisse: ejus rei meminit Triphon. l. 39. *de pæn.* Citius autem periculum metuitur a substituto pupillariter, si is, mortuo patre pueri custode, se esse substitutum cognoscat: hic enim majorem occasionem habet vitæ pupilli struendi insidias, eumque, antequam pubescat, e medio tollendi. In cujusmodi scelus impulsus hac occasione fuit tutor ille, quem Sergius Galba ob id cruce affecit: nimirum quod pupillam, cui substitutus heres erat, veneno necasset, Suet. in *Galb. cap. 9.* Scilicet ea vulgo est hominum improbitas, ut spe luculentæ hereditatis aut similis lucri, quod post obitum alicujus se percepturos certo sciunt, facile impellantur ad affectandam illius mortem. Notum est illud Persianum *satyr. 2. vers. 12.* de improbo insidiatore pupilli, cui heres substitutus erat:

....Pupillumve vinam, quem proximus heres

Impello, expungam!

Eodemque pertinent illa Horatii *lib. 2. satyr. 5. vers. 48.*

Arrêpe officiosus, ut & scribare secundus

Tom. I.

(1) L. 6. d. tit. 5. P. 6.

Heres: & si quis casus puerum egerit Orco, In vacuum venias.

3. *Primis testamenti partibus*] Tabulæ testamenti in plures partes dividi possunt, singulæque partes seorsum obsignari, ita ut priores sine posterioribus commode aperiri & resignari queant. Primam testamenti partem Horatius *d. satyr. 5. vers. 53.* *primam ceram* vocat, sicut Tranquillus in *Julio cap. 83.* partes inferiores, *imam ceram.* Cicero *Verr. 3. extremam ceram codicis.* Quod intelligendum est ex consuetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis scribere solebant. Quamvis interdum etiam chartis & membranis uterentur, §. 12. *sup. de testam. ord.*

4. *Cavere, ne inferiores tabulæ aperiatur*] Pupillares tabulæ aperiri plerumque vetabat parens, l. 3. *C. quemadm. test. ap.* aut vetuisse intelligebatur, si seorsum eas signatas reliquisset, l. 8. *ff. eod.*

TEXTUS.

Quibus substituitur.

4. *Non solum tamen hereditibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is, quem ipsi voluerint: sed etiam exheredatis. Itaque eo casu, si quid exhereditato pupillo ex hereditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit (1).*

Kkk

Quæ-

Quaecunque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel heredum institutorum, vel exheredatorum, eadem etiam de posthumis intelligimus.

COMMENTARIUS.

I Sed etiam exheredatis] Non ait, præteritis, quia sic testamentum patris ipso jure nullum esset, l. 1. de injust. rupt. l. 30. de lib. & posthum. Exheredatis autem recte substituitur, l. 1. §. 2. l. 10. §. 5. hoc tit. nimirum jus hoc substituendi, ut & tutores dandi, non ab institutione heredis, sed a potestate patris pendet: quippe qui non suis bonis, sed impuberis substituit: quo argumento utitur Ulp. d. l. 10. §. 5. Quamobrem etsi hodie bonorum adventitiorum proprietatis patri non quaeritur, non eo tamen minus substituere filio exheredato poterit. Neque in eo injuria fit exheredato, quod pater ei heredem dat; quin potius ad utilitatem pupilli hoc spectare creditur, l. 42. de adq. her. Sed quibus verbis hæc substitutio concipienda est? Non enim potest concipi eadem formula, quæ utimur in substitutione filii heredis instituti: Si heres erit, & intra pubertatem decedat. Nimirum posterior tantum hujus conditionis pars exprimenda. Formula hæc sit: Titius heres esto; filius exheres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei heres esto. Ex quo apparet, veram hæc substitutionem nullam esse, ac ne vix quidem coloratam.

2 Pupillo ex hereditatibus, le-

gatisve] Nam uti modo dictum est, non suis, sed impuberis bonis testator substituit. Turbavit hic multos vitiosa lectio l. 41. §. 4. de test. mil. Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur: Exheredato miles & emancipato filio substituere potest. Verum hoc jus in his exercebatur, quæ ab ipso ad eum, cui substituit, pervenerunt: non etiam in his, quæ habuerit, vel postea acquisierit. Quod si exheredato filio a milite substitutus ea tantum accipit, quæ a testatore profecta sunt; nihil amplius ei tribuendum, si substitutus sit a pagano. Cæterum aliud ratio juris efflagitat: nec responsum istud, si ita legas, defendi potest a summa absurditate. Quod cum animadverteret D. Vigilius, ausus est, quanquam nullius fretus codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dictionemque exheredato, in calcem præced. §. transposita, novum sic inchoare: Miles & emancipato filio &c. quam viri doctissimi & prudentissimi interpolationem postea compertum est Pisani codicis auctoritate confirmari.

3 Ad substitutum pertinere] Hoc igitur certo constitutum est, licere patri substituere filio impuberi etiam exheredato, atque ex hac substitutione ad substitutum pertinere adventitia exheredati emolumenta. Sed hæc occasione duo quæsitæ sunt: primum, an quemadmodum pater exheredato recte substituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommissum recte relinquat: alterum, an a substituto exheredati legatum aut fidei-

deicommissum dare valeat. Primum quod attinet, placet, patrem a filio, quem exheredavit, legare aut fideicommissum relinquere non posse, l. 41. §. 3. hoc tit. (1). Alia enim ratio est substitutionis, alia legatorum sive fideicommissorum. Legata & fideicommissa onera sunt: ac proinde aliis imponi non possunt, quam iis, quos defunctus honoravit, & tantum pro modo relictæ, d. l. 41. §. 3. l. 1. §. 6. de legat. 3. l. 9. C. de fideic. Substituto vero onus nullum continet (neque enim onus est heredem habere), sed est provisio pertinens ad commodum ipsius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero. Nam si ab exheredato legari non potest, nec poterit a substituto ejus (2). Ratio enim non patitur, ut plus juris habeat testator circa personam substituti, quam habet in eo, cui substituit, l. 87. §. 7. vers. dicit aliquis, ad leg. Falc. l. 126. de legat. 1. Plane quemadmodum filius exheredatus, si legatum vel fideicommissum a patre accepit, fideicommissum itidem a patre gravari potest, d. l. 41. §. 3. ita & eo casu poterit substitutus, si juris rationem spectes, l. 5. §. 1. de legat. 3. Contrarium tamen in odium exheredationis constituit Justinianus l. 24. C. de legat. (3).

4 Illud hic indagare lubet, verumne sit, quod nonnullis visum est, per exheredationem tolli jus suicitatis. Et cum neque substitutus pupillaris, neque tutor dari possit nisi ei qui suus heres est,

(1) Arg. l. 3. tit. 9. P. 6. vers. Fuerae ende, cum seq.

l. 2. hoc tit. l. 73. §. 1. de div. reg. jur. & uterque dari queat filio exheredato, hoc tex. l. 4. de testam. tut. facile patet falsam esse opinionem existimantium suicitatem tolli per exheredationem. Id ipsum evincit definitio sui heredis tradita infr. §. 1. de her. qual. & dif. quia exheredati in potestate patris fuerunt tempore mortis ejus, primumque locum in familia occupant; alias enim filii exheredati persona non obstat nepoti quominus hic primum in familia avi locum obtineret, & præteritus quasi agnascendo testamentum ejus rumperet: quod falsum esse constat, l. 6. de injust. rup. l. 7. unde lib.

5 Non obstat l. 1. §. 5. de conj. cum emanc. lib. ubi dicitur exheredatum pro mortuo haberi: quia id tantum dicitur quoad edictam illud de conjungendis cum emancipato liberis ejus; quatenus Pater non admittebat ad successionem avi, simul cum hujus nepotibus in potestate existentibus filium emancipatum qui exheredatus erat, sed præteritum duntaxat. In l. 9. §. 2. de lib. & posth. quæ etiam in contrarium adducitur, ubi legitur filii jus, legendum ejus jus, ut hoc referatur ad nepotem, cujus jus per exheredationem patris abscissum est, cum nec defuncto patre ad successionem avi admittratur, d. l. 9. §. 2. l. 6. de inj. rupt. vide Ant. Fab. 10. conjec. 12. Sed neque obstat, quod Ulp. in l. 1. §. 2. de suis & leg. her. adducat ex-

Kkk 2

(2) D. l. 3. eod.
(3) D. l. 3. eod.

heredatos in exemplum eorum qui sui heredes non extiterunt. Nam *ibi* Ulp. per verba *sui heredes non extiterunt* non significat *suitatem amiserunt*, sed *hereditatem non obtinuerunt*: quasi diceret, non impediri exheredatos quominus patris sui sint consanguinei, quod patris hereditate priventur, cum nihilominus eidem sanguine sint conjuncti. Sunt igitur exheredati sui heredes patri suo, hujusque hereditatem quales obtinebunt, si patris testamentum deseratur, vel quoquo modo infirmetur.

TEXTUS.

Pupillare testamentum sequela paterni.

5. *Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat: nam pupillare testamentum pars & sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit* (1).

COMMENTARIUS.

Permissum quidem patri est, suo testamento perfecto, alio tempore filio testamentum facere, *l. 16. §. 1. hoc tit.* aut sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra, *l. 20. §. 1. eod.* & vel instituto filio vel exheredato. Cæterum necessarium omnino est, ut sibi quoque heredem faciat; qui filio vult facere, *l. 2. §. 1. eod.* Incon-

gruens enim visum est, eum, qui ipse intestatus decedere cupit, filio suo heredem testamento dare: tantumque concessum patri sibi testamentum facienti, simul filio impuberi prospicere. Ex quo efficitur, testamentum patris principale esse, filii accessorium & paterni appendicem, ac proinde hoc sine illo non consistere, ex tritissima juris regula, *l. 129. §. 1. de div. reg. jur.* Cæterum hoc in paganis obtinet: militi enim ex privilegio indultum, ut soli filio heredem facere possit, tametsi sibi non fecerit, *l. 15. §. 5. de test. milit.*

2. *Nisi & sibi faciat*] Imo nisi sibi prius faciat, deinde filio: nec converso modo a filii testamento incipiat, *d. l. 2. §. 4. & §. ult. hoc tit.* Quippe hic ordo naturæ est, ut sit & præcedat aliquid principale, cui quid accedere volumus, quod per se solum subsistere nequit. Filii autem testamentum sequela est & accessio paterni, ita ex paternis tabulis pendens, ut sine illis non subsistat. Atque hæc ita obtinent, si ex intervallo diversisque tabulis pater sibi heredem scribat, & filio substituat. Si vero conjunctim eodem tempore ac contextu utrumque fiat, placet substitutionem valere, licet conversa scriptura filii testamentum factum fuerit: veluti si quis ita scripserit: *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Sejus heres esto. Filius heres esto, d. l. 2. §. 5. & merito*: quia in conjunctionibus ultimus ordo est, nec quicquam inter-

terest, utrum prius, utrum posterius dicatur scribaturve, teste Alfeno in *l. 14. de pecul. legat.*

3. *Nec filii quidem valebit*] Nam, ut dictum est, cum principalis causa non subsistit, ne ea quidem, quæ sequelæ & accessionis vicem obtinent, consistere possunt, *l. 129. §. 1. l. 178. de div. reg. jur.* Hinc fit, ut non tantum ab initio pupillares tabulæ non subsistant, si patris testamentum ab initio nullum sit; verum etiam corruant, si patris testamentum, quod recte factum erat, postea infirmetur (1), puta aut rumpatur agnatione vel quasi agnatione sui heredis, *l. 2. in pr. hoc tit.* aut inofficiosum in totum pronuncietur, *l. 8. §. 5. in fin. de inoff. test.* aut irritum fiat testatore capite minuto, aut non adita ex testamento hereditate, *l. 10. §. 4. eod.* Plane si suus heres testamento patris sit institutus, puta pupillus ipse, nihil amplius ad confirmationem testamenti desideratur, quam ut is mortuo patri sit superstes, licet se abtineat: nam vel nudæ sui heredis existentia hæc vis est, ut confirmet tabulas pupillares, *l. 12. hoc tit.* de quo plene scripsimus ad *pr. hujus tit.*

4. Hodie ex *novella* Justiniani lege, etiamsi per querelam inofficiosi testamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris substitutio salva manebit, quemadmodum & legata cæteraque capita firma manent præter institutionem, *nov. 115. cap. 3. in fin. unde auth.* Ex causa *C. de*

lib. præt. & ibi comm. DD. Equidem scio, Dynum & Petrum a Bellapert. contendisse, ea tantum ex *novella* ista lege rescisso testamento salva manere, quæ institutionem heredis non desiderant, veluti legata, fideicommissa, libertates, tutorum donationes: secus adhuc esse in iis, quæ heredis institutionem requirunt, ut pupillaris substitutio; idque & Covarraviæ probari in *cap. Raynutius, §. 6. num. 3.* Cæterum mihi verba illa *novellæ: Et alia capitula*, non ob aliam causam videtur addidisse Justinianus, quam ut omnia capita comprehenderet extra institutionem; ac licet pupillaris substitutio & ipsa sit institutio, palam tamen est, *illic* per institutionem, quæ irrita esse jubetur, intelligi institutionem primam, qua scilicet pater sibi heredem scripsit, non qua filio, quæ tantum pars est & sequela paterni testamenti: pertinet denique etiam ad utilitatem pupilli, ut salva maneat substitutio, ob quam causam & olim everso per bonorum possessionem cont. tab. testamento patris, conservata fuit, *l. 34. in fin. cum l. seq. hoc tit.*

5. IN HISPANIA, salva quoque manebit pupillaris substitutio rescisso per querelam testamenti: quia licet in *l. ult. tit. 8. P. 6.* duntaxat dicatur, salva manere legata & libertates; eadem tamen mentio cæterorum, quæ fit in *d. auth.* Ex causa, reperitur in *l. 11. tit. 7. P. 6. in fin.* Quod si filius obtinebit, post *l. 1. tit. 4. lib. 5. Recog.*, quæ

(1) *Arg. l. 10. d. tit. 5. P. 6. in fin.*(1) *D. l. 10. tit. 5. P. 6. in fin.*

quæ ad vim testamenti insuper
habet institutionem heredis, cu-
jus rescissio, quæ per querelam
contingit, unica esse posset cau-
sa pupillaris substitutionis infir-
mandæ. Et meliorationes tertii
& quinti salvas manere, expres-
se statuit l. 8. tit. 6. lib. 5. Re-
cop. (24. Tauri). Vide Greg.
Lop. in l. 10. tit. 5. P. 6.
gloss. 15. & Anton. Gom. in d.
l. 24. Tauri.

TEXTUS.

Quot liberis substituitur.

6. *Vel singulis autem liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.*

COMMENTARIUS.

I Qui plures liberos impubes habet, si neminem eorum intestatum decedere velit, potest singulis, quos voluerit substituere, aut ipsos invicem & reciproce, eique, qui novissime impubes mortuus fuerit, substituere alium aliquem, l. 25. hoc tit. Quod si uni tantum substituit, hic solus testatus decedet, cæteri intestati. Unde si postremo morituro tantum substituerit, jus legitimarum hereditatum inter fratres conservare voluisse intelligitur, l. 37. eod. un-

(1) L. 5. tit. 5. P. 6.

de hic locus sumptus est.

2 *Intestatum decedere*] Nota, impuberes etiam dici intestatos decedere, etsi ipsi testamentum facere non possint; sicut vice versa testati decessisse dicuntur, cum pater eis testamentum fecit. Itaque vox *intestatus* sumpta non pro negatione *privante*, sed pro *negante*, impuberibus, furiosis & similibus personis attribuitur, quando parens eis testamentum non fecit. Successorum impuberum ab intestato fit mentio in l. 9. de reb. dub. aliisque.

3 *Jus legitimarum hereditatum*] Nam cum cæteris nec pater testamentum fecerit, nec ipsi sibi in ætate pupillari facere possint, necessario evenit, ut præmorientium fratrum impuberum hereditates ex lege XII. Tab. ad superstites perveniant: quorum tandem omnium bona in ultimi defuncti hereditate reperta substitutus ejus consequetur.

TEXTUS.

De substitutione nominatim, aut generaliter facta.

7. *Substituitur autem impuberi, aut nominatim, veluti: Titius heres esto; aut generaliter, ut: Quisquis mihi heres erit (1). Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & scripti sunt heredes, & extiterunt, & pro qua parte heredes facti sunt.*

COM

COMMENTARIUS.

I Substitutio pupillaris vel specialiter & nominatim concipitur, puta hoc modo: *Filius meus heres esto. Si filius impubes decesserit, Titius heres esto: vel generaliter, veluti, si pluribus heredibus institutis, testator his verbis filio substituat: Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto, l. 3. l. 8. l. 10. hoc tit.* Ad quem modum vulgaris substitutio non recte conciperetur: nam hæc formula: *Quisquis mihi heres non erit &c.* in infinitum producitur. Non est vero eadem vis generalis & specialis substitutionis, ut mox ostendemus, cum cognita nobis erit potestas clausulæ generalis, sive horum verborum: *Quisquis mihi heres erit &c.* quam solam hic explicat Justinianus.

2 *Qui & scripti sunt heredes, & extiterunt, & pro qua parte*] Paucissimis verbis triplicem comprehendit effectum horum verborum: *Quisquis mihi heres erit.* Primus hic est: quod his verbis vocati intelligantur illi soli, qui heredes nominatim scripti sunt, non alii, qui forte per eos, qui scripti sunt, heredes extiterunt. Itaque nec dominus, qui per servum, nec pater, qui per filium heres extitit, ex hac clausula ad hereditatem impuberis admittitur: quippe quibus non iudicio defuncti, sed vi potestatis vel dominicæ vel patriæ hereditas obvenit, l. 3. l. 8. §. 1. eod. Eademque ratione nec heredis heres admit-

tetur, d. l. 8. §. 1. licet alias heredis appellatione etiam heres heredis contineatur, l. 65. l. 70. de verb. sign. nec is, cui ex fideicommisso hereditas restituta est, ut recte docet D. Vigil. hic. Cæterum quod diximus, dominum non admitti, id intelligendum est, si hoc solo obtentu hereditatem pupilli ex substitutione ad se pertinere contendat, quod patris bona jam apud se per servum quæsita habeat. Non enim inspicitur, apud quem patris hereditas sit; sed quis a patre expresse & immediate ad hereditatem vocatus. Ideoque, si servus quæsita domino ex institutione hereditate, antequam ex substitutione adiret, e potestate ejus exierit, non poterit dominus ex substitutione impuberi heres effici; sed servus vel ipse sibi hereditatem impuberis acquireret, si forte manumissus fuerit; vel si alienatus, novo domino, cujus jussu adierit. At vero, si existente conditione pupillaris substitutionis adhuc in ejusdem domini potestate sit, nihil prohibet, quominus jussu ejus nunc item ex substitutione pupilli hereditatem adeat, eamque novo hoc suo facto acquirat domino.

3 Alter effectus substitutionis generaliter factæ est: quod ex ea soli veniant illi, qui patri heredes extiterunt: proinde si heres scriptus paternam hereditatem repudiavit, nihil ei proderit ad hereditatem pupilli consequendam, quod testamento patris heres scriptus est: nam alias horum verborum: *Quisquis mihi heres erit &c.*

aut-

nulla vis esset, cum a testatore jam ante heredes scripti sint, qui ea conditione substituuntur, *d. l. 8. in fin. pr. hoc tit.* Tertius effectus est: quod generali formula substituti eadem ex substitutione partes consequuntur in bonis pupilli, quas in ipsius patris-fam. hereditate habuerunt, *d. l. 8. §. 1. in fin.* Ut hic quoque locus sit regulæ traditæ in §. 2. *præc. tit.* testatorem eas videri insubstitutione partes cuique dedisse, quas in institutione expressit.

4 In substitutione nominatim facta sive speciali, converso fere modo hæc se habent. Nam primo necesse non est, ut is, qui nominatim substitutus pupilli hereditatem vindicat, heres a patre scriptus sit. Deinde, etsi heres ex parte scriptus sit, non eo tamen minus ex substitutione admittitur, quod patris hereditatem repudiavit, modo utramque nunc amplectatur, nisi sub ea conditione substitutus sit: *Si heres erit, d. l. 8. in pr. junct. l. 10. §. 3. eod.* Postremo, nominatim substituti, non hereditarias partes, id est, quæ singulis adscriptæ sunt in institutione, sed viriles sive æquales habebunt, per ea quæ tradidimus sub §. 2. *tit. præced.*

TEXTUS.

Quomodo substitutio pupillaris finitur.

8. *Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest: feminae usque ad duodecim*

(1) *L. 10. tit. 5. P. 6.*

annos: & si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit (1).

COMMENTARIUS.

I **D**ictum supra est, pupillarem substitutionem introductam esse ex hac causa, quod cum liberi in ea ætate essent, ut ipsi sibi testamentum facere non possent, utile atque ex re ipsorum visum fuerit, ut parentes eis facerent. Quamobrem cum ad eam ætatem pervenerunt, qua jam ipsi testari possunt, cessante sine substitutionis, merito placuit, eam extinguere: alias, quod iniquissimum est, puberi testamenti factio auferretur, *l. 43. hoc tit.*

2 *Usque ad quatuordecim annos &c.]* Masculi enim anno quatuordecimo, feminae duobus annis maturius puberes fiunt, *pr. quib. mod. tut. fin.* a qua ætate jam ipsi testamentum facere possunt, *l. 5. qui test. fac.* Ait, *usque ad quatuordecim annos:* quibus verbis significat, omne spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, finem autem hujus arbitrii esse pubertatem. Quapropter si quis, verbi causa, ita substituit: *Si filius meus intra decimum annum decesserit &c.* pupillusque ad eos annos pervenerit, expirat substitutio, licet postea decesserit intra annum decimumquartum, *l. 21. hoc tit.* At si in substituendo annos pubertatis egressus sit, finietur nihilominus substitutio pubertate, *l. 14. eod.*

Ev-

3 *Evanescit]* Etiam si longius tempus comprehensum fuerit, *d. l. 14.* Sed longiore tempore comprehenso, & an non saltem post pubertatem substitutio valebit jure fideicommissi? Finge ita factam: *Si filius intra annum vicesimum decesserit, Titius heres esto.* Ex hac substitutione constat, filio intra pubertatem defuncto, directo jure succedi; post id tempus non item. Sed quæritur, & an non saltem post pubertatem proficiat ad causam fideicommissi, ut perinde ex eo tempore haberi debeat, ac si filius post pubertatem intra annum vicesimum moriens, rogatus esset hereditatem patris substituto restituere? Communis sententia est, testibus *Zas. cap. 5. de subst. compend. Covarr. in cap. Raynutius de testam. §. 9. num. 29.* ejusmodi substitutionem pubertate ita finiri, ut nulla ejus vis amplius supersit. Quæ sententia mihi verissima videtur. Et enim inconveniens omnino est, ut una substitutio diverso jure pro diversitate temporis censeatur, scilicet ut valeat intra pubertatem directo, & bona tam patris, quam filii, ex quibus una facta est hereditas, complectatur; post pubertatem jure fideicommissi, & sola patris bona contineat. Nec Jurisconsultus in *d. l. 14.* scribit, substitutionem impuberis, in qua longius pubertate tempus comprehensum est, post pubertatem ad fideicommissum trahi, sed pubertate finiri: quod Justinianus hic expressit verbo significantissimo *evanescit.* Deinde Papinian. *l. 7. hoc tit.* omnem dubitationem tollit.

Tom. I.

lit, cum sic scribit: *Verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum ætatis frustra fieri convenit;* neque enim frustra fieri diceret, aut recte diceret, si post id tempus quasi fideicommissum valeret & verba directa inflecterentur.

4 Non obstat huic sententiæ *l. 76. ad SC. Trebell.* quoniam quod Scævola *ibi* respondet, id in casu *illic* proposito favore pupilli benigne receptum est, ut ipse significat, & tamen simul ex conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim substitutio facta in codicillis, qui locus est obliquarum, non directarum dispositionum. Proponitur pupillus, cui ita substitutio facta, in ætate pupillari decessisse: atque in hac specie responderet Jurisconsultus, benigna interpretatione placere, ut quod valere non potest jure directo, valeat ex fideicommisso. Cæterum sustinebitur hoc fideicommissum usque ad tempus pubertatis: cum vero pupillus adoleverit, evanescet, ne, quod propter utilitatem impuberis introductum est, puberi jam facto ob sit in libertate testandi, arg. *l. 43. §. 1. hoc tit.* ita ferme Cujac. *11. observ. 25. Ant. Fab. 15. conject. 12. & 14. aliique plures.*

TEXTUS.

Quibus pupillariter non substituitur.

9. *Extraneo vero, vel filio puberi heredi instituto ita substitui nemo potest, ut si heres*

LII

etc.

extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres (1): sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget aut hereditatem ejus, vel totam, vel pro parte restituere: quod jus quale sit, suo loco trademus.

COMMENTARIUS.

I Quæ hoc §. traduntur, omni consequentia sunt iis, quæ relata sunt initio hujus tit.

2 Solis militibus concessum est, ut etiam liberis emancipatis aliive extraneis, qui heredes exiteant, directo substituatur: sed hoc jus in his exercetur, quæ a milite ad eum, cui substituit, pervenerunt; non quæ aliunde, l. 5. l. 41. §. 4. de testam. milit. Ejusdem privilegii est, quod miles liberis suis etiam post pubertatem directo substituere potest,

sive compendio sive expressa certa post pubertatem ætate, ut utraque substitutio intra pubertatem valeat jure communi sive directo, l. 15. hoc tit. post eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommissi, l. 8. C. eod. & bona duntaxat patris contineat cum fructibus inventis in hereditate, d. l. 15. id est, ut recte Govean, & Perez ad tit. C. de imp. & al. subst. nn. 27. & 28. cum fructibus pendentibus & maturis tempore mortis ipsius militis. Nam hi fructus augment hereditatem, l. 9. ad leg. Falcid. ac per consequens in fideicommissariam hereditatis restitutionem veniunt. Ant. Fab. 15. conjct. 12. Duar. com. in hunc tit. cap. 23. & Don. in d. l. precibus 8. contendunt, hujusmodi substitutiones a milite factas etiam post pubertatem valere jure directo. Idemque late defendit Merill. observ. lib. 6. cap. 5.

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

QUIBUS MODIS TESTAMENT. INFIRMANTUR.

Dig. Lib. 28. Tit. 3. (2).

I Exposita sunt ea omnia, quæ ad constitutionem testamenti necessaria esse diximus initio tractatus de testamentis ordinandis. Quia vero non satis est ad deferendam ex testamento he-

reditatem, id ab initio justum esse, nisi & tale ad extremum perseveret, recte atque ordine Imperator facit, quod prius nobis proponat modos, quibus testamenti rite facta infirmantur, quam pro-

(1) L. 1. junct. l. 5. d. tit 5. P. 6.

(2) Tit. 1. P. 6. a l. 18.

Quibus modis testamenta infirmantur.

grediatur ad disputationem de acquirenda vel omittenda hereditate.

TEXTUS.

Quibus modis testamenta infirmantur.

Testamentum jure factum usque eo valet, donec rumpatur, irritumve fiat.

COMMENTARIUS.

I Donec rumpatur, irritumve fiat] Ratio infirmandi testamenti non una est: nam & sententia Judicis rescinditur, si querela instituta inofficiosum pronunciatum fuerit, de quo tit. seq. & a Prætoribus data bonorum possessione contra tabulas, tit. de bon. poss. cont. tab. & citra factam Judicis aut Prætoris infirmatur sola potestate juris: idque iterum duobus, iisque discretis modis, quorum altero rumpi dicitur, altero irritum fieri. De testamento rupto disputatur usque ad §. 4. inde de irritito, adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia vero Justinianus rem totam non plene explicat, nos operam dabimus, ut quicquid hujus rei est, penitus percipi possit ex nostra in singulos hujus tit. §§. explanatione.

TEXTUS.

Quando testamentum dicitur rumpi. Primum de adoptione.

I. Rumpitur autem testamen-

(1) L. 20. tit. 1. P. 6.

tum, cum in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem, eum qui est sui juris; aut per Prætorum, secundum nostram constitutionem, eum qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis (1).

COMMENTARIUS.

I Cum in eodem statu manente testatore] Toties rumpi testamentum dicitur: Quoties evertitur manente testatore in eodem statu: cum vero statum mutat, id est, capite minuitur, non rumpi, sed irritum fieri testamentum proprie dicitur, §. 4. inf. eod. Apparet igitur, hie dicitur, in eodem statu oppositive respectu ejus modi, quo testamentum infirmatur ob id, quod testator in eodem statu non mansit: quare expungenda est e paraphrasi Theophili negatio, & pro non manente, legendum, manente in eodem statu: quomodo & in duobus Codicibus Florentinis legi testatur Fabrotus. Porro ut testatoris statu non mutato testamentum infirmetur, uno verbo, ut rumpatur, bifariam contingit, agnatione sui heredis, & mutatione voluntatis: ille modus hoc §. alter sequenti, uno uterque exemplo declaratur.

2 Adoptaverit sibi filium per Imperatorem] Id est, adrogaverit; est enim periphrasis adrogaverit.

tionis, quæ species adoptionis est, per quam interveniente Principis auctoritate eum in filium adsciscimus, qui sui juris est.

3 *Secundum nostram constitutionem*] Id est, adoptaverit eum qui non est persona extranea, *l. pen. C. de adopt. §. 2. supr. eod.* Cæterum hi ita rumpunt, si præteriti sint: nam si qui heres antea institutus erat, postea a testatore adrogetur vel adoptetur, potest dici, ei satisfactum esse, *l. 18. eod. l. 23. §. 1. de liber. & posthum.* Quid si exheredatus sit? Et Ulpianus Marcelli & Papiniani sententiam probat, ut exheredatio extraneo scripta ei postea adoptato non noceat; noceat autem filio emancipato, qui postea adrogatus sit, *l. 8. §. 7. & seq. contr. tab. d. l. 23. in pr. de liber. & posthum.* credo, quia in persona extranei exheredatio inepta & nulla est: non ita in filio emancipato, cum eum excludat a bonorum possessione contra tabulas, *d. l. 8. in pr.*

4 *Quasi agnatione sui heredis*] *l. 8. de injust. rupt.* multoque certius sui heredis agnatione vera & naturali, cum scilicet post testamentum factum testatori filius ex uxore nascitur, *l. 3. §. 1. de injust. rupt.* (1). Similiter si nepos, qui tempore testamenti facti suus heres avo non erat, patre remoto, in locum sui heredis vivo avo successerit, quasi agnascendo testamentum avi, quo præteritus est, rumpit, *l. 13. d. tit. quæ species forte hic ideo non repetuntur, quia alibi propositæ*

(1) *D. l. 20.*

sunt, §. 1. & 2. *supr. de exhered. liber.* Huc etiam pertinent liberi naturales suscepti ex concubina & post factum testamentum legitimitati, sive insequenti matrimonio, sive curiæ oblatione, sive per rescriptum Principis. Nam cum hi etiam jura suorum heredum consequantur, §. 2. *Instit. de hered. quæ ab int. nov. 89. cap. 8. & 9.* necesse est, ut & ipsi a patre præteriti testamentum rumpant quasi agnatione.

TEXTUS.

De posteriore testamento.

2. *Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, extiterit aliquis heres ex eo, an non: hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit: in his casibus paterfam. intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet ruptum a posteriore: & posterius æque nullas habet extiterit* (2).

COMMENTARIUS.

I **S**ecundus modus, quo testamentum initio rite factum postea rumpitur, est mutatio voluntatis testatoris. Hic modus

(2) *L. 21. d. tit. 1. P. 6.*

das iterum duplex est, nam & corruptis tabulis ita rumpitur, & integris manentibus. Corruptis, si testator testamentum inciderit, laceraverit, scripturam induxerit, deleverit, cancellaverit, signa amoverit aut turbaverit, *tit. de his quæ in testam. delent. l. pen. C. de testam. cum simil.* nisi forte non consulto, sed incaute quid horum fecerit, aut ignorante eo contigerit (1): nam tunc si legi adhuc quod scriptum est utcumque poterit, ratum manebit testamentum, *l. 1. de his quæ in testam. del. l. penult. C. de testam.* Plane inductio aut cancellatio non ultra operabitur, quam scriptura inducta aut cancellata est, *l. 2. & 3. d. tit. de his quæ in test. del.* Neque ex pluribus testamenti codicibus uno deleto aut inciso, testamentum sublatum esse intelligitur, nisi hi, qui ab intestato venire desiderant, probaverint, id ideo a paterfam. factum esse, ut intestatus moreretur, *l. ult. eod. tit.* His autem modis testamento rupto, hereditas non applicabitur fisco, sed deferetur heredibus ab intestato, *l. 1. §. pen. unde lib. l. ult. de his quæ in test. del.* nisi speciali odio heredum inductio facta probetur, quo in casu tanquam ab indignis hereditatem fiscus aufert, *l. 16. §. 2. de his quæ ut indign. junct. l. 4. C. eod.* Clarus §. *testamentum, quæst. 93. n. 2. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 12. tit. 1. num. 31.*

2 Quæ de incisione aut cancellatione testamenti dicuntur, ea constat ad testamenta nuncupati-

(1) *L. 24. d. tit. 1. P. 6.*

va, qua talia sunt, applicari non posse. Sed an his modis item rumpantur, quæ, uti hodie moris est, per nuncupationem quidem fiunt, sed ita ut voluntas suprema jussu testatoris scripto comprehendatur a Notario in scheda, unde mox diligentius exscribatur, & in formam redigatur instrumenti, quæsitum est. Julius Clarus *d. loc.* existimat, incisionem aut cancellationem instrumenti ad cassationem & annullationem talis testamenti non sufficere, si protocololum Notarii integrum relictum sit; quod & Viglio placere videtur in §. *pen. hoc tit.* cum ait, non minus talia testamenta ex verbis & voce substantiam capere, quam quæ scripta non sunt, & ideo discerptis scripturis nihilominus permanere; & Gregor. Lop. in *l. 24. tit. 1. P. 6. gloss. 1.*

3 Integris tabulis manentibus testamentum rumpitur ob mutationem voluntatis, si testator aliud testamentum fecerit (2): qui modus proponitur *hoc §.* & hanc rationem habet, quod unumquodque testamentum plenam universi juris successionem continet: ac proinde quicumque testamentum facit, censetur de omnibus bonis disponere, ut non magis duo testamenta simul consistere possint, quam duo domini ejusdem rei in solidum constitui. Igitur cum ex pluribus testamentis unum tantum consistere possit, id valere debet ex voluntate ipsius defuncti, quod novissime factum est, per *vulgata.* Non obstat, quod sententia Judicis prima, non postrema rati-

(2) *D. l. 21. tit. 1. P. 6.*

ta habetur. Non enim ut testantis voluntas ambulatoria est, l. 4. de adm. leg. (1), ita & Judicis: sed Judex simul ac sententiam dixit, officio suo functus est; & ideo iterum de eadem re pronuntiandi potestatem non habet, l. 55. de re jud. Plane ut priores tabulæ jure factæ tollantur, oportet sequentes quoque jure ordinatas & perfectas esse, de quo plenius sub §. pen. infr. cod. (2).

4. Superius rumpitur] l. 1. l. 2. de injust. rupt. test. & quidem ob hoc solum, quod aliud testamentum postea factum est, quod Justinianus significat l. 27. C. de testam. cum ait, secundo testamento perfecto, prius tolli ipso jure. Non est igitur necesse, ut posteriore testamento mentio fiat prioris, nominatimve id revocetur, quod ipsius etiam rei natura satis demonstrat: ac proinde supervacua est Notariorum clausula, quam posterioribus tabulis inserere solent, nimirum testatorem revocare, cassare & annullare testamenta antea a se facta. His autem consequens est, codicillos, si qui facti fuerint, per posterius testamentum everti, quamvis expresse revocati non sint: cum enim testamento facto, codicilli jus ejus sequantur, eo infirmato, simul concidunt necesse est, l. 3. §. ult. l. 16. de jur. cod.

5. Sed quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis? Interpretes comm. censent, prius testamentum habens talem clausulam per posterius quantumvis nu-

meris omnibus absolutam non tolli, nisi quando posterius contineat revocationem clausulæ sive generalem sive specialem prout fuerit clausula, per l. 22. de legat. 3. Gomez ad l. Tauri 3. a n. 92. Covarr. de test. part. 2. rubr. a n. 57. qui late hanc materiam examinant. Mantio. de conject. ult. volunt. lib. 12. tit. 8. aliique plures. Quæ sententia rationi juris parum convenire videtur, argum. l. 6. §. 2. de jur. cod. l. ult. in pr. de legat. 2. cum similib. Notatur a Cujac. 14. observ. 7. Antonius Faber eam numerat inter gravissimos errores, quos antiqui Glossatores inveniunt, dec. 37. err. 7. & seqq. & dec. 38. err. 1.

6. Nec interest, extiterit aliquis heres ex eo &c.] Quæ sequuntur, continent ampliationem quandam regulæ initio positæ, nimirum, prius testamentum tolli per posterius, non tantum cum ex posteriore heres extiterit, sed etiam eo destituto, quia institutus aut noluit, aut non potuit heres esse, l. 1. l. 16. de injust. rupt. test. Quod hanc rationem habet, quod aditio hereditatis ad substantiam aut perfectionem testamenti, quæ sola hic requiritur, non pertinet: nec prioris testamenti sublatio pendet ab eventu aliquo aut casu contingente post mortem testatoris, sed illud statim vivo adhuc testatore, ipso jure per posterius rite factum rumpitur.

7. His casibus paterfam. intestatus moritur] Id est, exitum intestati facit, res redit ad causam intestati: nemine enim he-

(1) L. 25. cod.

(2) D. l. 21. tit. 1. P. 6. l. 23. cod.

reditatem adveniente vis omnis testamenti solvitur, adeo ut nihil intersit, utrum aliquis testatus non sit, an herede destituatur, l. 181. de div. reg. jur.

8. IN HISPANIA, ut prius, testamentum clausulam derogatoriam continens per posterius, rumpatur, necesse est fieri in hoc revocationem primi, & quod testator exprimat nolle se, ut verba prioris obsint posteriori, juxta l. 22. tit. 1. P. 6. Sed cum hoc totum pendeat a presumptione voluntatis testantis, rumpatur prius quodcumque ex conjecturis constare poterit, testatorem voluisse posterius testamentum prevalere, quamvis in eo, revocatio non appareat, ut notarunt Gregor. Lop. in d. l. 22. gloss. 2. Gom. & Covarr. ubi sup. Quod vero secundum testamentum heredis institutionem, non contineat, nihil oberit quominus prius rumpatur, cum apud nos valeat testamentum non continens heredis institutionem, ut sæpe diximus ex l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop.

TEXTUS.

De posteriore, in quo heres certæ rei institutus.

3. Sed & si quis priore testamento jure perfecto posterius æque jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius tamen testamentum suum latum esse, Divi Severus & Antoninus rescripserunt: cuius constitutionis verba & hic inseri justissimus, cum aliud quoque præ-

terea in ea constitutione expressum sit. Imperatores Severus & Antoninus Coccejo Campano: Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset: sed & teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi daret, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissi verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.

COMMENTARIUS.

I. Etiamsi ex certis rebus] Alia ampliatio præcedentis doctrinæ ex Mæciano in l. 29. ad SC. Treb. descripta, qua docemur, testamentum prius rumpi per id, quod secundo loco factum est, etiam tunc, cum in posterioribus tabulis heres ex certis rebus, aut una aliqua re singulari, veluti fundo, institutus est: idque efficitur certissima juris ratione: nam non minus recte instituitur heres ex re certa, quam simpliciter, aut ex parte hereditatis ut vidimus sup. in §. 5. de hered. inst.

2. Quibus ut valeret prius testamentum] Propter hanc clausulam potissimum verba constitutionis Severi & Antonini jussu Justiniani hic inserta sunt. Certi juris est, posse testatorem ab eo, quem heredem instituit, fideicommissum relinquere, eumque rogare, ut hereditatem alteri restit-

stituat: proinde & si quis in certa institutus est, quia valet institutio, etiam fideicommissum hereditatis utiliter ab eo relinquatur. Ut autem fideicommissum utiliter relictum intelligatur, non præcise requirimus expressionem verborum, quæ fideicommissorum propria sunt, ut *peto, volo, rogo, fidei tue committo*: sed plerumque etiam sine his verbis admittitur ex sententia & voluntate testatoris, l. 19. §. 1. ad SC. Trebell. Quod etiam accidit in proposito: cum testator posteriore testamento cavet, ut prius quoque testamentum valeat. Itaque hoc casu, heres scriptus in posteriore testamento, hereditatem restituet scriptis in priore, contentus rebus quarum mentio facta est; & si hæc quartam hereditatis partem non impleant, supplebitur ei quod desit: de quo *inf. tit. 23. hujus lib.*

TEXTUS.

De testamento irrito; & quibus modis fit irritum.

4. *Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur: voluti cum is, qui fecit testamentum, capite deminutus sit: quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.*

COMMENTARIUS.

Hactenus de primo modo infirmandi testamenti ipso jure; quo scilicet in-

firmatur salvo statu testatoris, & *rumpi* in specie dicitur. Sequitur alter, quo infirmatur statu testatoris mutato: qua mutatione superveniente in usu juris proprie dicitur *irritum fieri*, l. 6. §. 5. l. 12. de *injust. rupt. test.*

2 *Capite deminutus*] Nec interest, qualis capitis deminutio intervenerit; omnibus enim modis capitis deminutionis status hominis mutatur, *sup. de cap. dem. lib. 1.* & testamentum non est, nisi hominis liberi, civis Romani, & patrisfamil. quæ tria duobus temporibus in testatore requiruntur, testamenti facti, & mortis, §. 6. *infr. eod.*

3 Est & casus, qui venit ab herede, quo & ipso superveniente testamentum irritum fieri dicitur, scilicet si ex testamento nemo heres extiterit: defectu enim heredis etiam irritum dicitur fieri testamentum, l. 1. de *injust. rupt. irr. fact. test.* & recte quidem: nam in heredis additione atque existentia consistit vis omnis atque effectus testamenti. Ceterum sæpius hoc casu testamentum dicitur *destitui* aut *deseri*, l. 9. §. 2. de *lib. & posth.* cum *simil.* Nonnunquam etiam distinguitur hic casus a testamento irritato facto, restricto scilicet irriti vocabulo ad ea testamenta, quæ infirmantur statu testatoris mutato, l. 1. in *pr. de suis & leg. her. & alibi.*

4, IN HISPANIA, cum filii, famil. testari possint ex l. 4. *tit. 4. lib. 5. Recop.* non fiet irritum, testamentum per capitis deminutionem minimam testatoris.

, Sed

, Sed neque per mediam. Vide, quæ diximus in *rubr. in pr. & §. 1. quib. non est perm. fac. testam.*

TEXTUS.

Cur dicatur irritum.

5. *Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur: quum alioqui & quæ rumpuntur irrita fiant, & ea, quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sint. Sed & ea, quæ jure facta sunt, & postea per capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distinguere: quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi, vel irrita fieri.*

COMMENTARIUS.

Non est novum in artibus, & præsertim in hac nostra disciplina, ut verba, quæ vi sua generalia sunt, doctrinæ & distinctionis causa contrahantur ad significandam certam speciem, quo magis singulæ res singulis verbis ad certam speciem traductis intelligantur: ut *hic* ostenditur exemplo rupti & irriti facti testamenti. Sic adoptio, cognatio, pactio, actio &c. nomina sunt, quæ per se generale significationem habent; sæpe tamen his certa species ex instituto loquentis denotatur; quod tunc maxime fit, cum junguntur nomini- bus cognatæ significationis.

Tom. I.

(1) L. 1. tit. 8. P. 6.

2 *Et quæ rumpuntur irrita fiant*] Rarissime autem hæc a nostris confunduntur, quanquam tamen aliquando. Ita non attenta hac distinctione, usuve speciali horum verborum, irritum testamentum fieri dicitur, cujus tabulæ incisæ aut inductæ sunt, l. 3. *circa fin. l. ult. de his quæ in test. del. l. 15. §. 1. de test. mil.* quo tamen casu testamentum proprie rumpi dicitur, si speciale verborum significationem spectamus.

3 *Quæ ab initio non jure fiunt, irrita sint*] Testamentum, quod ab initio non jure factum est, injustum nostri appellant, ut apparet ex inscriptione & l. 1. *tit. de injust. rupt. irr. fact. test.* Hoc recte quidem & irritum dici potest, at ruptum nequaquam. Et notandum quoque quod ait, quæ ab initio non jure fiunt, irrita esse, non irrita fieri: nam irrita esse ea recte dicimus, quæ nunquam constiterunt; irrita fieri, ut & rumpi, ea demum, quæ cum antea constarent, eversa sunt (1). Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Allegatur a nostris in eam rem l. 5. de *injust. rupt.*

TEXTUS.

Quibus modis convalescit.

6. *Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt: nam si septem testium signis signa-*

Mmm

gna-

gnata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere: si modo defunctus, & civis Romanus, & suae potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.

COMMENTARIUS.

I PER CAPITIS DEMINATIONEM irrita facta] Quæ testamenta ab initio propter inhabilitatem personæ testantis vel defectum alicujus solemnitatis non consistunt, ea ex postfacto vires nullo jure capiunt. Hæc autem non sunt propria hujus loci: quippe in quo agitur de testamentis, quæ ab initio recte facta deinde infirmata sunt; quæriturque, an postea, sublata causa infirmationis, jure aliquo convalescant.

2 Imperator quidem hoc in una tantum specie proponit, quando testamentum irritum factum est, sive infirmatum ob id, quod testator capite minutus sit: attamen ad aliam quoque speciem eadem quæstio pertinet, cum scilicet ruptum est seu eversum, testatoris statu non mutato. Videamus ergo de rupto, & de eo prius: postea cognituri de altera specie, de qua hic agitur. Dedicimus testamentum rumpi duobus modis, agnatione sui here-

dis, & mutatione voluntatis. Fingamus igitur, posthumum præteritum vivo patre decessisse; quæritur, an testamentum ruptum nativitate posthumi, eo vita deinde ante patrem functo, vires recipiat. Et responsum est, si testamentum signatum fuerit, posse heredem scriptum bonorum possessionem secundum tabulas accipere eo effectu, ut rem obtineat, licet scrupulositas juris refragetur, l. 12. de injust. rupt. Plane si posthumus præteritus nascitur post mortem testatoris, licet illico decedat, testamentum non restituitur, nec omnino cum decedit patre jam mortuo: nam cum suus heres sit patri, statim patri ipso jure heres existit, & moriens hereditatem sibi jure quæsitam transmittit ad quosvis heredes legitimos, ad cujusmodi speciem pertinet l. 2. C. de posthum. her. inst.

3 Fingamus rursus, testatorem testamentum, quod secundo loco fecerat, ac proinde quo prius ruptum erat, incidisse aut cancellasse; quæritur, an restituitur prius, cujus tabulæ integræ manserunt. Papinianus respondit, si id hoc animo a testatore factum sit, ut priores tabulas supremas relinqueret, voluntatem, quæ defecerat, recenti judicio rediisse, & posse secundum tabulas priores bonorum possessionem peti, l. pen. §. 2. sec. tab. At inquit, an non sic testamentum citra ullam solemnitatem nuda voluntate constituitur? Negat hoc Jurisconsultus d. l. atque hanc objectionem sic removet, ut dicat, non quæ-

queri hic de jure testamenti, sed de viribus exceptionis. Quo significat, recenti isto judicio & simplici voluntate testatoris non constitui novum testamentum; sed si scriptus priore testamento heres agat & hereditatem vindicet, eique objiciatur exceptio mutatae voluntatis, posse eum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reversæ, si constet, testatorem hoc animo posterius testamentum incidisse, ut prius iterum valere vellet. Utique enim hic animus ab herede scripto omnino probandus est, per codicillos puta, aut alias litteras, quibus testator palam declaraverit, se velle priores tabulas valere; alioqui eum, tanquam quem utriusque voluntatis præntuerit, instatutum potius decedere voluisse interpretabimur, d. l. pen. §. 2.

4 Unam tamen adhuc obstat, quod prius testamentum dicitur rumpi ipso jure in l. 27. C. de testam. Quomodo ergo agi poterit ex eo, quod ipso jure ruptum est? Resp. quod ipso jure prius rumpi dicitur, id dici certo respectu, quoniam rumpitur hoc solo, quod aliud factum est, etiamsi testator prius non revocaverit. Et licet quatenus posterius testamentum consideratur ut adhuc consistens & validum, prius ita sublatum intelligatur, ut nihil in eo scriptum valeat, nec quisquam ipso jure agere aut quid petere ex eo possit; non ideo tamen absurdum videri debet, quod posteriore inciso aut deleta ea mente, ut prius iterum valeat, prius

quoque vires recipiat: quippe cuius tabulæ integræ relictae sunt, & utique jam postremæ; nam quod jus extinctum reviviscere negatur, id non obtinet, cum a re, quæ, ut DD. nostri loquuntur, essentialiam suam formalem & materialem retinuit, removetur impedimentum, D. Menoch. cons. 176. lib. 2. Fachin. §. contr. 93. Jam tempus est, ut ad testum §. nostri accedamus, in quo tractatur de convalescentia testamentorum, quæ per capitis deminutionem testatoris infirmata sunt, uno verbo, irrita facta.

5 Si modo civis Romanus, & suae potestatis mortis tempore] Nihil amplius exigit ad petendam bonorum possessionem ex eo testamento, quod per capitis deminutionem irritum factum erat, quam ut testator mortis tempore civis Romanus, & sui juris fuerit, ommissa eleganti distinctione, quam nobis suppediit Papinianus in l. pen. §. 2. sec. tab. Etenim interest, an ei, de cujus integri capitis postea mortui testamento quæritur, maxima mediave, an minima contigerit capitis deminutio. Si maxima aut mediave, verbi gratia, si capite damnatus sit, & Princeps damnatum in integrum restituerit, quia nullum hic factum intervenit, ex quo colligi possit mutatio voluntatis testatoris, nihil causæ est, cur ad convalescentiam testamenti plus desideremus, quam ut testator pristinum statum receperit, l. 6. §. pen. de injust. rupt. At vero si minima capitis deminutio intervenit, puta si quis testa-

Mmm 2

men-

mento factō se adrogandum de-derit, non satis est ad restitutionem testamenti, obtinendamque ex eo bonorum possessionem, quod postea sui juris effectus decesserit: sed præterea requiritur, ut recenti aliqua voluntate testamentum confirmatum sit. Et merito: quoniam qui se dat in adrogationem, non obscure a priore voluntate recedit, cum sciat, se una cum capite fortunas quoque suis in alienam familiam transferre, ut disputat Papinian. *d. l. pen. §. 2. sec. tab.* ex quo loco explicandum quoque, & suppleendum est, quod simpliciter item Paulus scripsit, testamentum valere, *l. 8. §. 3. de jur. cod.*

6, Quod HISPANIAM attinet, revise quæ scripsimus in §. 4. *hoc tit.*

TEXTUS.

De nuda voluntate.

7. *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere: usque adeo, ut etsi quis post factum prius testamentum, posterius facere cœperit; & aut mortalitate præventus; aut quia eum ejus rei penituit, id non perfecit, Divi Pertinacis oratione cautum sit; ne alias tabulae priores jure factæ, irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est (1).*

(1) *L. 23. d. tit. 1. P. 6.*

COMMENTARIUS.

I *Hic* §. rectius in continenti subjectus fuisse §. secundo, aut tertio, quorum continet declarationem. Docuit *ibi* Imp. prius testamentum rumpi per posterius, quod jure perfectum est. Unde etsi per se satis intelligitur, neque nudam revocantis voluntatem ad infirmationem testamenti sufficere, neque adeo prius rumpi, etiamsi secundum fieri cœptum sit, nec absolutum: latius tamen utrumque explicare voluit, & omnino latius adhuc a nobis explicandum est.

2 *Quod testator id noluerit valere*] Si quem prioris voluntatis poeniteat, malitque nunc intestatus decedere; parata ei est expeditissima ratio, tabulas incidat, deleat, cancellet, signa revellat, *l. 1. §. penult. unde lib.* majorem enim vim facta habent, quam verba, integrisque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio testamentum solemniter factum non infirmat, *l. 36. §. 3. de test. milit. l. 27. C. de testam.* In tantum, ut etiamsi testator coram septem testibus dixerit, nolle se testamentum, quod fecit, valere, nihilo tamen magis illud infirmetur. Nam si ne tunc quidem testamentum antea factum infirmatur, cum ad aliud faciendum testator processit, quod tantum non consummavit; & quanto minus infirmabitur sola revocatione verbali? utique enim factum accedens ad voluntatem pe-

tea-

tentius operari debet simplici voluntatis declaratione, *fac. l. 36. §. 3. de testam. mil.* Ex quo loco simul discimus, ita jus esse, cum queritur de institutione heredum; legatarios autem revocata voluntate, exceptione doli mali removeri: de cuius loci sententia vid. Anton. Fab. *dec. 39. err. 8.*

3 His ita constitutis, videamus, an non falsa sit opinio Bartolii in *l. 18. de legat. 3.* aliorumque qui interesse putant, qua formula testator in revocando testamento usus est, utrum simpliciter dixerit: *Nolo testamentum a me factum valere*: an causam adjecerit & hæc verba: *Quia volo decedere intestatus*. Nam, etsi simplicem revocationem non sufficere fatentur, causatam tamen valere volunt, modo facta sit coram septem testibus. Verum nihil interesse, hac an illa formula testator utatur, aperte evincit *d. l. 36. §. 3. de test. mil.* Et vero si hoc ipso quod quis testamentum revocat, tacite & per quandam necessariam consequentiam intelligitur velle decedere intestatus, causæ illa adjectio (quippe quæ non impedit, quominus aliud testamentum postea condatur) facere non potest, ut majorem vim revocatio habeat, quam si causa adjecta non esset.

4 Unicum supradictæ distinctionis firmamentum affertur *l. 1. §. pen. si tab. test. null. ext. ex verbis: vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere*. Sed nemo, opinor, tam iafans est, qui non videat, Jurisconsultum *ibi* lo-

qui non de simplici mutatione voluntatis; sed quæ declarata sit factō aliquo simili illis, quæ antea expresserat, incisioni aut cancellationi, puta si testamentum induxerit, laceraverit, resignaverit &c. Habemus hujus sententiæ defensorem Anton. Fab. *dec. 39. err. 6.* pluresque alios. Plane ad infirmationem testamenti nuncupativi putarem sufficere simplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo testium numero, *arg. l. 35. de div. reg. jur.*

5 *Usque adeo*] Amplificatio. Dixerat modo, nuda voluntate testamentum infirmari non posse: id nunc usque adeo verum esse pronunciat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat: sed ita deum superius testamentum rite factum tollatur, si inferius æque jure perfectum fuerit: quod & ipsum ipsi testatoris voluntati consentaneum est: quia ut scribit Pomponius in *l. 18. de legat. 3.* credibile est, testatorem ita deum a priore testamento velle recedi, si posterius valiturum sit.

6 *Divi Pertinacis oratione*] Solebant enim Principes orationes in senatu habere, aut scriptas ad senatum mittere, in quarum sententiam senatusconsulta concipiebantur, *l. 16. de rit. nupt.* Tacit. *lib. 11. Annal. cap. 25.* Atque hæc Principum orationes etiam senatusconsulta nominantur, quandoque etiam leges. Sic oratio Divi Hadriani de petitione hereditatis, *l. 22. de hered. pet. senatusconsultum* passim appellatur,

tur, l. 20. §. 6. & multis seqq. eod. tit. Jul. Capitol. hanc ipsam orationem Pertinacis legem, mox etiam senatusconsultum nominat in *Pertinace*, cap. 7.

7 *Jure ordinata & perfecta fuerint*] Quæ legitimo modo fiunt, legitime quoque solvi debent, l. 35. de div. reg. jur. Ab hac tamen regula excipienda sunt ea testamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamē singulari valent, ut testamenta militum, & parentum inter liberos. Testamentum factum jure militiæ inter imperfecta numeratur in l. 2. de injust. rup. atque ideo etiam imperfecto quovis posteriore solvitur, l. 34. §. 1. de testam. milit. & tamen per id, quod jure militari secundo loco factum est, rumpitur præcedens perfectum, hoc est, factum jure communi, d. l. 2. & d. l. 34. §. ult. Sed nimirum hoc ex eo est, quod testamentum militis jure privilegiario pro perfecto est, aut vim perfecti testamenti habet: quod autem rumpitur posteriore jure communi non rite facti, mirum videri non debet, quia etiam post missionis annum, irritum constituitur.

8 Testamentum imperfectum factum a parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quam militis, l. 21. §. 1. C. de testam. Quare si pater, qui testamentum prius jure fecerat, postea aliud fecerit inter liberos, quamvis posterior hoc imperfectum fuerit, tamen rumpitur prius. Illud etiam favore liberorum Justinianus constituit, ut testamentum inter liberos factum non ali-

ter rumpatur posteriore, quam si posteriori modis omnibus perfectum fuerit, & prius nominatim revocatum, novell. 107. cap. 2. auth. Hoc inter C. de testam. Præterea si cum in priore testamento perfecto scripti essent extranei, in posteriore autem imperfecto instituti sint, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quam quinque testes intervenerint, placet, infirmato priore testamento, posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tanquam testamentum, sed tanquam voluntatem ultimam intestati, d. l. 21. §. 3.

9, IN HISPANIA, cum testamentum imperfectum inter liberos non valet, ut monuimus, in §. fin. de testam. ordin. aliud, prius rite ordinatum eo non rumpitur. Correcta igitur est per l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. quam, in d. §. fin. laudamus, lex 22. tit. 1. P. 6. contrarium statuens.

TEXTUS.

Si Princeps litis causa, vel in testamento imperfecto institutus fuerit.

8. *Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem ejus, qui litis causa Principem reliquerit heredem: neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum: neque ex nuda voce heredis nomen admissurum: neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc*
Di-

Quibus modis testamenta infirmantur.

Divi Severus & Antoninus sæpissime rescripserunt. Licet enim, inquiunt, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.

COMMENTARIUS.

I *Eadem oratione expressit*] Ipseque, inquit de Pertinace loquens Capitolinus d. loc. cap. 7. professus est, nullius se aditurum hereditatem, quæ aut adulatione alicujus delata esset, aut lite perplexa, ut legitimi heredes & necessarii privarentur. Addiditque senatusconsulto hæc verba: *Sanctius est, P. C. inopem Rempub. obtinere, quam ad divitiarum cumulum per discriminum atque dedecorum vestigia pervenire.* Proculdubio hac oratione sanctissimus senex senatui declarare voluit, se longe alia ratione Rempub. temperatum, quam antecessor ejus Commodus Princeps flagitiosissimus fecerat: quem credibile est exemplum secutum fuisse sui simillimi Imperatoris Domitiani, de quo Sueton. cap. 12. sic scribit: *Confiscabantur alienissimæ hereditates, vel existente uno, qui diceret, audioisse se ex defuncto, cum viveret, heredem sibi esse Cæsarem.* Extat adversus hujusmodi improbitatem edictum Honorii & Theodosii in l. 20. C. de testam.

2 *Qui litis causa Principem*] Lex est, non debere cujusquam conditionem deteriorem fieri facti alieno, nec cuiquam objici duricem aut potentem adversarium, tot. tit. de alien. jud.

mut. caus. & tit. C. ne lic. potent. (1). Huic legi se submitit Imp. Pertinax, professus hoc amplius, se non admissurum hereditatem, quæ litis causa Principi delata esset, minus hinc sibi permittens, quam cuiquam privato: cum inter privatos hæc prohibitio in testamentis non vigeat, l. 8. §. 3. de alien. jud. mut. caus. (2). Quippe invidiosum esse existimavit, Principem litis causa, hoc est, in re controversa & perplexa heredem institui, quo alii nomine Principis deterriti jus suum indefensum relinquunt, ac nefas esse, calumniæ facultatem ex principali majestate capere, l. pen. de her. instit. Paul. 5. sent. 12. Plin. Panegy. cap. 43. *Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

3 *Neque ex nuda voce*] Non quasi Princeps heres nuncupari non possit, aut heres esse, ut somniat Theophil. sed *ex nuda voce*, id est, ex nuda voluntate sine juris solemnibus.

4 *Neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit*] Clausula generalis, legata quoque & fideicommissa non legitimo testamento relicta complectens. Ex imperfecto testamento, ait Paulus in l. 23. de legat. 3. legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare inverecundum est. Huc etiam referendum, quod idem Paul. 4. sent. 5. §. 3. & Ulpian. l. 8. §. 2. de inoffic. testam. scribunt, testamentum, in quo Imperator heres scriptus est, inofficiosum argui posse.

(1) L. 15. cum seq. tit. 7. P. 3.

(2) L. 17. eod.

5 *Licet legibus soluti simus*] Principes Romanos legibus solutos esse, scribit Dio *lib. 53*. Apparetque ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ Reipub. aliquando usurpatum, ut populus, aut senatus civem aliquem ob heroicam indolem ac singularem virtutem una aliqua lege solveret, puta, ut ante ætatem legitimam magistratum gerere, aut intra tempora constituta eundem repetere liceret, sicut de Pompejo, Africano, Octaviano, aliisque permultis factum legimus: ita Principem postea, cum civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus solutum fuisse, consonum est, cum ex hoc ipso quod populus jura majestatis omnia abdicavit in Principem transtulit, *l. 1. de const. Princ.* necessario sequatur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui absoluta jura majestatis habet, nihil supra se cernere potest, neque hominem, neque legem, ut ait Alber. Gentilis in *questionibus regis. Deus*, inquit Justinianus, *leges ipsas Principi subjecit, eumque legem animatam misit hominibus, nov. 105. cap. 2. in fin.* Jam vero qui supra leges est, cui leges subjunctæ sunt, is necessario legibus est solutus, id est, legibus non tenetur; alioqui non illi leges, sed ille legibus subjicitur: & qui ipse lex est, in eum lex ferri non potest. Unde Plinius in *Panegy. cap. 65. Leges*, inquit, *Principi nemo scripsit.*

6 Neque cum hoc dicimus,

(1) *L. 15. tit. 1. P. 1.*

intelligimus solum cum Divo Thoma, *quest. 96. art. 5. part. 1.* quem multi sequuntur, Principem legibus solutum esse quoad vim coactivam, sed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc solam quæstio pertinet; cum si neges, secundum vim dirigentem Principem legibus solutum esse, statuas, Principem legibus obstringi, tanquam quæ ipsi quoque latæ sint. Cæterum totum hoc pertinet ad leges civiles duntaxat, non ad leges naturæ aut divinas, quibus cum omnes homines subjiciantur, quatenus homines nati sunt, omnino efficitur, aut Reges homines non esse, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperii fundamentales, maxime cum in eas quoque ipsi Principes regnum ineuntes jurare soleant. De quibus legibus Bodinus *lib. 1. de Repub. cap. 8.* sic scribit: *Quantum ad leges imperii attinet, cum sint cum ipsa majestate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec iis obrogare potest. Cujusmodi*, inquit, *est lex Sallica, regni hujus firmissimum fundamentum.*

7 *Attamen legibus vivimus*] Etsi hoc jus Principis est, si dignitatem spectes, & imperii potestatem, ut legibus omnibus civilibus sit solutus: tamen officium imperantis est, legibus vivere, iisque parendo suo exemplo præire illis, quibus solis latæ sunt (1). Quod significat Paulus *l. 23. de legat. 3.* his verbis: *Decet enim tantæ majestati, eas*

ser-

servare leges, quibus ipse solutus esse videtur. Et Imp. Alexander *l. 3. C. de testam.* cum ait: *Nihil tam proprium imperii esse, quam legibus vivere: eodemque modo explicanda l. 4. C. de legib. & illud Plinii in Panegy. ad Trajan. cap. 65. Legi-*

bus te subjecisti, quas nemo Principi scripsit. Et *ibid. cap. 45. Vita Principis*, inquit, *perpetua censura est: ad hunc dirigimur: nec tam imperio nobis opus est, quam exemplo.* Pulchre Claudianus in *Panegy. vers. 295. de quarto consulatu Honorii.*

TITULUS DECIM USOCTAVUS.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Dig. Lib. 5. Tit. 2. C. Lib. 3. Tit. 28. (1).

1 **E**Xplicatur *hic* altera ratio infirmandi testamenti, cum scilicet non ipso jure, sed per sententiam Judicis rescinditur, ex causa de inofficioso contra testamentum pronunciantis: quod est illud adminiculum, quod superius dixit paulo post nobis manifestum fore, in *calce tit. de exhered. lib.* De nomine *inofficiosi* hoc primum monendi sumus, quamvis omne testamentum inofficiosum recte dicatur, in quo testator contra officium, quod alteri debebat, fecit: quemadmodum scimus, hominem inofficiosum dici, qui officium prætermittit, aut contra officium, quod alteri debet, facit; & ideo si, verbi causa, testator cognatis suis aut personis de se bene merentibus, quibus ob id remunerationem debet, nihil in testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appellatio ista conveniat:

Tom. I.

(1) *Tit. 8. P. 6.*

tamen per excellentiam ea demum testamenta inofficiosa dicta sunt, quibus officium in liberos, parentes & fratres neglectum est, seu: *In quibus liberi, aut parentes, aut fratres, vel exheredati sunt immerito, vel immerito præteriti* (2). Quoscirca his etiam solis potestas permissa de inofficioso querendi postulandique, ut si officium violatum esse constiterit, testamentum rescindatur. Actio autem, qua id petitur, proprie appellatur *querela*, quia propinqui non accusare & litigare, sed inter se *conqueri* dicebantur, *Voss. inst. orat. lib. 1. cap. 6. §. 2. Inofficiosum* autem opponitur *officioso*, quod vocabulum ita accurate exponit Seneca *de benef. lib. 3. cap. 18.* quod ut *beneficia* sint alienorum, ita *officia* eorum, quos *necessitudo suscitet, & opem ferre jubeat.*

Nnn

(2) *L. 1. cum seq. d. tit. 8. P. 6.*

TBX-

TEXTUS.

Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant, vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exheredatos, aut inique præteritos: hoc colore, quasi non sane mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem testamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.

COMMENTARIUS.

I Quia plerumque] Recte monet D. Pacius in margine, particulam plerumque non afficere verbum exheredant, sed verbum sine causa; ut hic sit sensus: cum parentes liberos suos exheredant vel omittunt, id eos plerumque facere sine causa: puta falso instimulatos, novercalibus delinimentis instigationibusque corruptos, l. 3. & 4. hoc tit.

2 Sine causa liberos suos exheredant, vel omittunt] Ait, sine causa: nam ex justis & meritis causis exheredatio semper permisa fuit, l. 7. de bon. d. am. (1). Ait, exheredant, vel omittunt: illud ad parentes omnes & proprie ad patrem avumque paternum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet: nec super-

vacuo hic expressum; etsi enim matris præteritio vim & effectum exheredationis habet; non est tamen revera exheredatio, §. ult. sup. de exher. lib. In patre exheredatio necessaria est, ut querelæ locus sit: si enim pater filium, quem in potestate habet, præterierit, testamentum ipso jure nullum est; si emancipatum, datur præterito bonorum possessio contra tabulas, sup. d. tit. §. 3. Quin nec quævis exheredatio querelæ locum facit, sed ea demum, quæ rite facta est: quæ secus facta, id est, non nominatim, non pure, non a tota hereditate, pro præteritione censetur, l. 8. §. 2. de bon. poss. cont. tab. Matre autem sive prætereunte, sive quovis modo exheredante, semper ad infirmandum testamentum querela opus est, cum & jure civili firmum sit, nec a Prætoribus infringatur, ut vidimus in §. ult. sup. de exher. lib. Et igitur exheredatis omnibus, & a matre etiam præteritis, hoc remedium necessarium est.

3 Causæ exheredationis jure antiquo certis legibus definitæ non erant, sed ab arbitrio pendebant Judicum, qui de inofficioso cognoscebant, quorum erat merita exheredati perpendere, l. 3. §. 5. cont. tab. Val. Max. lib. 7. cap. 8. Justinianus ex arbitrariis eas certas fecit, & nominatim nov. 115. cap. 3. complexus est ad quatuordecim: & voluit, testatorem justam aliquam ingratitude causam, & saltem unam ex illis, quas ipse recenset, testamento expri-

mere, imposito quoque hereditate elogium probandi; cum olim ita jus esset, ut nisi heres ultra probationem suscepisset, causam aliquam certam allegando (quo refer leg. 22. & l. 30. C. eod.), ipsi liberi docere tenerentur, se morigeros atque obsequentes semper fuisse, l. 5. §. 1. eod. l. 28. C. eod.

4 Hinc duplex exorta quæstio.

1. An nullas alias ob causas quantumvis pares aut majores, quam quæ d. nov. 115. cap. 3. expressæ sunt, exheredatio permitteanda. **2.** Utrum si exheredatio facta sit sine elogio, id est, sine causæ expressione, testamentum ex dicta constitutione ipso jure nullum sit, an jure adhuc subsistat, atque ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus. Primam quæstionem quod attinet, quamvis sententia Connani lib. 9. con. n. 10. Viglii ad §. ult. sup. de exher. lib. aliorumque, qui eos sequuntur, negantium ob alias causas, licet æque graves aut graviore, exheredationem fieri posse, verbis d. nov. convenire videatur, tamen mihi persuadere non possum, eam fuisse mentem Justiniani, quam illi esse censent: idque satis suadet ipsa, quam adducimus, objectorum solutio. Inquiunt: odiosa est exheredatio, ac proinde interpretatione non est adjuvanda, l. 19. de lib. & posth. cap. odia 15. de reg. jur. in 6. Imo contra, vel magis odiosum, patrem cogi, ut impio & indigno filio bona sua relinquat. Equidem concedo, ubi de hypothesi quæritur, de scriptura testamen-

ti, de facto exheredati, de voluntate exheredantis, cum similibus, exheredationem adjuvanda non esse: cæterum ubi de propria legis vi atque interpretatione disputatur, hoc semper legibus inesse ex mente conditorum credi oportet, ut quia omnes casus, qui quandoque incidere possunt, comprehendere nequeunt, ad eas quoque res & causas pertineant, quæ quandoque similes erunt, l. 10. cum 3. seqq. l. 27. de legib. Neque hinc excipiuntur leges pœnales: nam & illæ utique leges sunt; & obvia passim responsa Jurisconsultorum, etiam leges publicorum judiciorum ad hunc, quem diximus, modum interpretantium, l. 11. de pœn. l. 13. de testib.

5 Dixeris, hoc admissio, Imperatorem non assequi scopum suum, sed causas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantum, sed infinitas fore. Respondedo, ex his constitutionis verbis: *Ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitude causas opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur*, satis patet, quis Justiniano scopus propositus fuerit. Horum enim verborum non alius sensus, quam quod non liceat ex legibus antiquis causas opponere, quæ in d. constitutione non continentur. At tales causæ non sunt, quæ vel majores sunt vel pares expressis, sed leviores duntaxat aut dispareres: quippe cum de similibus semper ut de expressis habendum. Atque hæc sententia etiam communis est, usuque apud omnes

Nan 2

re-

(1) L. 4. d. tit. 8. P. 6.

recepta, DD. in *auth.* Non licet *C. de liber. prat.* Gomez 1. *res. II. num. 12.* qui *ibid.* advertit, nullam posse accidere causam, quæ non comprehendatur sub secunda ex 14. assignatis *d. cap. 3.*

6 In altera quæstione numero vincunt, qui ad validitatem testamenti negant sufficere exheredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam: quod si verum est, nullus usus querelæ relinquatur in linea recta, præterquam unico illo casu, cum exheredationi, aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit Joannis relata a Glossa in *l. 5. hoc tit.* probata plerisque Interpret. in *auth.* Ex causa *C. de liber. prat.* Clar. *d. §. testamentum, quæst. 40.* Gomez *dict. cap. 11.* Cæterum ut pluribus hæc sententia placeat, non desunt tamen, qui eam taxent, ut *constitutioni* Justiniani minime consentaneam: & sane non immerito, meo quidem iudicio. Nam qui diligenter eam *constitutionem* evolvet, comperiet ex tenore, Imperatorem non agere de iis, quæ ad internam testamenti solemnitatem ritumque exheredationis pertinent, sed de causis, ob quas facta exheredatio juste, vel injuste facta intelligatur: at injustitia exheredationis non vitiat testamentum ipso jure.

7 Insuper cum *cap. 3. d. nov.* pertineat etiam ad testamentum patris, qui filium emancipatum exheredat; imò & expresse loquatur de testamento matris: &

ulterius in *cap. 4.* sit sermo de testamentis filiorum, qui parentes suos exheredant vel præterunt: consequens est contrariæ sententiæ, ut nullum sit testamentum, in quo sine elogio exheredatio sit facta sive a patre emancipatore, sive a matre, sive a filio; quod stare non potest, quin & liberi emancipati patribus, & filii matribus, & parentes liberis sui heredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: deletur *§. 3. item §. 5. & §. ult. supr. de exhered. liber.* delentur maxima ex parte *tit. Pand. C. & Instit. de inoffic. test.* item *l. ult. C. de lib. prat.* Quis vero credat, tot capita juris veteris a Justiniano tacite abrogata, qui nunquam solet quicquam ex jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi?

8 Refragantur etiam verba *d. constitutionis cap. 3. circa fin.* & *cap. 4. §. 9.* ubi cum jussisset Imp. si exheredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent heredes, firmum manere testamentum; subijcit, quod si id observatum non fuerit, testamentum evacuetur seu rescindatur: & quod notandum, non in totum, sed quoad institutionem duntaxat, cætera capita firma manere. Ergo in totum ab initio subsistit. At quo remedio rescindetur? Non alio haud dubie, quam querela inofficis, quæ una exheredatis supererat.

9 Adhæc, si dicimus, liberis omnibus sine elogio exheredatis

tis aut præteritis, testamentum potestate *dict. constitutionis* nullum esse, non liberis tantum consulimus, sed & aliis etiam defuncti legitimis heredibus: quippe ad quos tum, liberis aut repudiantibus, aut ante parentem mortuis, hereditas defuncti ab intestato perventura sit, exclusis scriptis heredibus. Justinianus autem liberis duntaxat prospicere voluit, ne his noceret exheredatio: non vero consulere aliis contra scriptos testamento heredes.

10 Cum ergo duplicem effectum exheredatio jure veteri habeat; unum hunc, ut absolvat internam testamenti paterni solemnitatem, ne nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit rite factam esse, etiamsi injusta sit: alterum, ut exheredatum submoveat ab hereditate, ad quod insuper exigitur, ut facta sit justis de causis: posteriorem effectum tantum Justinianus restringere voluit, priori in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa a testatore expressa sit, sive aliqua, quæ tamen non sit ex iis, quæ *d. nov. 115. cap. 3.* continentur; aut ex iis quidem, sed in cujus probatione heres deficiat, utiliter & cum effectu exheredatus de inofficioso hodieque agat, & postulabit ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati. Ita concludimus cum Don. in *dict. auth.* Ex causa, Vigl. ad *ruhr. hic*, Duar. *cap. 3. ad hunc tit.* Cojac. ad *novell. 18.* Fachin. *4. cont. cap. 9. Vasq. lib. 2. de succ. creat. §. 20. n. 162. & seqq.*

11 Argumentis, quæ pro contraria sententia afferuntur, ex his, quæ dicta sunt, nullo negotio occurrere potest: & sunt pleraque eorum genere, quæ in ipsos Auctores retorqueri possunt. Postremo, minimi pretii sunt, quæ illi putant esse maximi, quale est, quod sexto loco adducit Bachov. *hic* frustraneam ajens esse eam actionem, in qua actor non potest succumbere &c. Ergo frustra est, quod liberis omnibus exheredatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioso datur: quoniam nunquam possunt non vincere. Considerare debuerant, non frustra esse, quod leges testamentum consistere volunt, ut saltem iis casibus, quos modo commemoravi, incidentibus, voluntas defuncti exitum habeat.

12 Non quasi vere furiosus sit] Cujus testamentum inofficiosum arguitur, quasi demens, non vere demens dicitur, *l. 2. l. 5. §. 1. hoc tit.* nam qui filium immerentem exheredat, patrem qui præterit, prope a furioso abesse fingitur, eo quod non sentiat, sibi se esse injurium, cum liberis, aut parentibus injuriam facit. Quod vero testamentum a vere demente factum est, id inofficiosum accusari non potest, quia nullum est.

13, IN HISPANIA probata sunt, *ll. 4. 5. 6. & 7. tit. 7. P. 6.* ex dem 14. exheredationis causis, quas Justinianus assignavit *novell. 115. cap. 3.* Sed insuper, constitutione edita anno 1776, nova causa est addita, si nempe minor viginti quinque annis

, masculus, sive femina, matrimonium contraxerit sine consensu personarum, quæ in eadem constitutione laudantur sequenti ordine: 1. patris: 2. matris: 3. avorum ex utraque linea: 4. consanguineorum proximiorum, qui in majori ætate sint constituti, & idem matrimonium non amibant, nec ex eo lucrum sperent: 5. denique curatorum. In iis autem, qui majores viginti, quinque annis matrimonium contrahunt, exheredationis poena statuitur eo duntaxat casu, quo paternum coensum non exposcerint. Si vero parentes vel cæteri, quorum consensus requiritur, illum præstare recuserint, Judex adendum est. Quæ omnia, & alia circa amissionem majoratum & jurium ex ipsa constitutione latius licet intelligere. Sed & qui matrimonium clandestinum contrahunt juste exheredari possunt, *leg. 1. tit. 1. lib. 5. Recop.*

14. Præterea cum apud nos, nulla noscatur differentia inter testatorum filios suos & emancipatos, neque inter descendentes ex masculis & ex feminis, ut diximus *sup. §§. 5. & 7. de exhered. lib.* exheredatis duntaxat, quibus falsa causa objecta est a testatore, querela competit: præteritis autem semper deneganda, etsi a patre emancipatore vel a matre, qui alios heredes instituerunt, sint præteriti; semper enim hoc casu testamentum erit nullum, *l. 1. tit. 8. P. 6. ut d. §§. 5. & 7.*

(1) *L. 1. d. tit. 8. P. 6.*

, probavimus: uti etiam quando, exhere datio sine expressione causæ fiat, *l. 10. tit. 7. eod. & ibi Lopez gloss. 5. Covarr. ta-*men hoc posteriore casu aliquantulum dubitat in *cap. Raynutius, de testam. in pr. n. 7.*

TEXTUS.

Qui de inofficioso agunt.

1. *Non autem liberis tantum permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam liberorum parentibus (1). Soror autem & frater turpibus personis scriptis heredibus, ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere (2).*

COMMENTARIUS.

1. *Non autem liberis tantum*] Querela inofficiosi testamenti primo competit liberis: & merito, quoniam prima eorum causa est in successione ab intestato, utpote quibus ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, parentum hereditatem addicit, velut ad debitam successione eos vocando, *l. 7. de bonis damn.* daturque liberis omnibus qui jus succedendi ab intestato habent, *l. 7. hoc tit. l. 8. cont. tab. demptis adoptatis a persona extranea, l. pen. C. de adopti.* & impubere adrogato, qui non

(2) *L. 2. eod.*

De inofficioso testamento.

non potest, quia quartam habet ex constitutione D. Pii, *l. 8. §. 15. hoc tit.*

2. *Liberorum parentibus*] Post liberos secundo loco querela datur parentibus (1). Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentum & naturalem erga filios charitatem; turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet: ut bene & pie Papinianus in *l. 15. hoc tit.* Id autem hanc habet sententiam: etsi naturæ ordo, parentumque affectio & votum hoc sit, ut liberi supervivaant & succedant parentibus, atque idcirco non sic parentibus, quos sola ratio miserationis admittit, liberorum debeatur hereditas, uti liberis parentum, quos admittit naturæ simul & commune parentum votum, ut idem Papinianus scribit in *l. 7. §. 1. unde liber.* tamen turbato ordine mortalitatis, id est, si contingat liberos prius ex hac vita evocari & præpostera atque immatura morte abripi, vivis adhuc parentibus, rationem pietatis seu miserationis exigere, ut ne parentes a luctuosa liberorum suorum hereditate excludantur. Ex quo porro intelligimus, contra officium pietatis facere liberos, qui parentes suos sine causa exheredant aut prætereunt, atque ob eam causam parentibus quoque actionem de inofficioso dari.

3. Datur autem parentibus itidem omnibus sive masculis sive

feminis, *l. 1. l. 14. & seq. eod. l. 17. C. eod.* qui modo ad successione liberorum vel legitimam jure vel honorario venturiissent; de quo statuendum ex illis, quæ de liberis dicta sunt. Exheredati sint parentes, an præteriti, nihil interest: nam hæc in linea adscendentium & collateralium non differunt. Cæterum ut effectum habeat exhereditatio aut præteritio, tutumque sit testamentum ab expugnatione, cum elogio hic quoque facienda est; & vel una saltem ex causis, ob quas parentes exheredari aut præteriri permisit Justinianus, testamento inserenda, *nov. 115. cap. 4.* Causæ autem hujusmodi admixtæ octo tantum, quæ ordine enumerantur in *d. cap. 4. §. 1. & seqq. (2).* Nimirum pauciores hic causæ sunt, quam in liberis, propterea quod parentibus multa concedantur in liberos, quæ a liberis in parentes commissæ poenam merentur.

4. *Soror autem & frater*] *l. 1. hoc tit. l. 21. C. eod.* Hodie cum fratres uterini in successione concurrant cum fratribus consanguineis, *nov. 118.* consequens est, ut etiam in querela cum iisdem concurrant, aut saltem vincentibus illis, simul ad successione intestati veniant.

5. *Turpibus personis*] *l. 27. C. hoc tit.* Itaque fratriciter querela datur, non simpliciter ut præteritis, sed ut postpositis turpi personæ; atque adeo odio scripti heredis (3). Cum autem turpis persona definiatur a Constantino:

(1) *Arg. l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop.*

(2) *L. 11. tit. 7. P. 6.*

(3) *L. 2. tit. 8. P. 6. l. 12. tit. 7. eod.*

Quæ vel turpitudinis, vel infamiae, vel levis notæ macula aspergitur, d. l. 27. quæsitum est de spuriis, num & illi talium personarum numero habendi. Spuriorum causam cum DD. comm. defendit Gabriel Palæot. *tract. de nothis spuriisque lib. cap. 55. & seqq.* quia neque jure infames sunt, neque ipsi quicquam admiserunt, quod existimationem eorum lædat apud bonos viros: crimen autem paternum nullam maculam filio infligere posse, l. 26. de pæn. Adhæc, natiuitatem, quæ vitio aut culpæ verti nemini potest, pœnæ esse non debere: undecunq̄e homines nascuntur, si parentum vitia non sectentur, honestos esse, Augustin. *cap. undecunq̄e, dist. 56.*

6 Cæterum ut hæc vera sint, negari tamen non potest, quin labe aliqua & macula spuriis adhæreat, non quidem ex factis nascentium, seu pœna iniusta; sed ex vitio ac defectu natalium contracta: unde eos opprobria per omnem vitam comitantur, quæ nullo modo elui possunt, ut scribit Plutarch. *lib. de educ. lib. vixque est, ut defendi possit, eum, qui ex vulgivaga venere, & improbata gentibus omnibus conjunctione natus est, qui nec gentem, pro integra & legali persona, ut loquuntur, habendum esse: qua de re eleganter disserit vir doctissimus Arniseus lib. 2. de Repub. cap. 2. sect. 13.* Illud equidem minime concedo, quod nonnulli

statuunt, meretricem, quæ postea nupsit, pro persona infami habendam non esse, propterea quod præcedens dedecus purgetur matrimonio. Non enim aboletur turpitudinis, quæ postea interimitur, l. 43. §. 4. de rit. nupt. utique manet adhuc litura prostituta quondam pudicitia; at excluduntur a fratre, qui vel levis notæ macula asperguntur. Pœnitentia quidem, & vitæ emendatio abolent delicti notam coram Deo: at non in hujus sæculi tribunalibus, l. 65. de furt. l. 5. vi bon. rapt. Ut autem turpis persona instituta sit; non tamen statim frater ad querelam admittitur. Quid enim si ipse eadem turpitudine, qua heres scriptus, laboret? Nihil hîc habet frater, quod heredi objiciat, arg. l. 11. C. hoc tit. l. 47. solut. matr. Remouet præterea fratrem & ingratitudo ex tribus causis expressis nov. 22. cap. 47. (1); easque causas opponi ab herede & probari sufficit, etiamsi a testatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum est, Gudelini. *de jur. nov. lib. 2. cap. 8.*

7 *Ultra fratres & sorores &c.* Cognatos, qui sunt ultra fratrem, Ulpianus in l. 1. hoc tit. hortatur, ne se sumptibus inanibus vexent, eo quod in lite de inofficioso obtinere spem non habeant (2). Ex quo explicandum est, quod Justinianus hîc simpliciter ait, eos nullo modo agere posse, aut agentes viuere: item quod Dioclet. & Maxim. rescribunt in l. 21. C.

TEXTUS.

Qui alio jure veniunt, de inofficioso non agunt.

2. *Tam autem naturales liberi, quam secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hereditatem totam, vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Posthumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.*

COMMENTARIUS.

I *Secundum nostræ constitutionis divisionem*] Inteligit constitutionem, quæ extat in l. pen. C. de adopt. cujus crebra in hisce libris mentio, §. 2. sup. de adopt. §. 5. sup. de exher. lib.

2 *Qui ad hereditatem &c. alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt*] Hoc, credibile est, introductum esse, ut quoad fieri posset, salvo jure exheredati aut præteriti, existimationi testantium parceretur, quos querela, dum quæsito colore cæcitatem mentis obtendit, reuera nec humane, nec pie fecisse arguit. Estque querela remedium extraordinarium ac subsidiarium; cujusmodi concedi non solet ei, qui communi & ordinario auxilio munitus est, l. 16. de minorib. Proinde qui testamentum nullum,

C. eod. neminem eorum, qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre & sorore, ad inofficiosi querelam admitti; nimirum non ita admitti ut agentes vincere, suoque jure testamentum evertere possint, si exceptio iis objiciatur non competentis querelæ. Plane enim si egerint, & nemine forte eos repellente obtinuerint, testamentum jure rescisum manet, remque proximi ab intestato auferunt, l. 6. §. 1. eod.

8 Quæ de querela liberis, parentibus, & fratribus danda, tradita sunt, nullum olim habebant locum in testamento militis, sive jure militari sive communi factis, l. 27. §. 2. hoc tit. l. 9. l. 24. C. eod. obtinebant tamen in testamento veterani etiamsi de bonis castrensibus fuisset conditum, l. 8. §. 3. eod. Postmodum constitutione Justiniani, quæ extat in l. ult. C. eod. effectum est, ut omnia testamenta de castrensi seu quasi castrensi peculio condita a querela essent immunia, donec testantes in sacris sive potestate parentum constituti essent; aliter enim, peculii nomine cessante, querelam sustinerent. Cæteram novissime Justinianus ipse querelæ subjecisse videtur hæc eadem de peculii testamenta nov. 115. cap. 4. in princ. ut verba illa: *In quibus habent testandi licentiam*, ostendunt. Vide Retes lib. 5. opuscul. cap. 3. n. 19. & seq. Cujac. in d. l. 8. §. 3. in fine.

(1) *D. l. 12. tit. 7. P. 6. vers. Pero.*

(2) *D. l. 2. tit. 8. P. 6. in fin.*

rumpum, aut irritum dicere potest, inofficiosum non dicet; nisi forte justa causa sit dubitandi, an alio remedio æque cautum sit agenti, tunc enim eligere licet, l. 8. §. 12. *hoc tit.* & si quis, exempli gratia, nullum dixerit, nec obtinuerit, non prohibetur postea de inofficioso queri, l. 16. *C. hoc tit.* Pari ratione liberi emancipati præteriti, quia jure honorario ad bonorum possessionem contra tabulas admittuntur, de inofficioso agere non possunt, l. 23. *eod.* In summa de inofficioso agere non potest, nisi qui omni alio auxilio tum civili, tum prætorio destitutus est, quam ob causam querela inofficiosi ultimum dicitur adjutorium, l. ult. *vers. nam cum ultimum, C. de lib. præter.*

3. Sed hinc jam quæret aliquis, cur igitur patri a filio emancipato præterito querela datur inofficiosi, cum bonorum filii possessionem contra tabulas petere possit? *tit. si a parent. quis manum.* In promptu responsio est, hanc bonorum possessionem non dari patri, tanquam patri, sed tanquam manumissori & patrono: nam emancipatus a parente in ea causa est, ut in contra tabulas bonorum possessione liberti exitum patiat, l. 1. *in pr. d. tit.* Ut patronus igitur contra tabulas agit; ut pater, querela inofficiosi.

4. Quod ad HISPANIAM attinget repete quæ notavimus in *pr. sup. hoc tit.* & in §. 1. *de exher. liber.*

TEXTUS.

De eo, cui testator aliquid reliquit.

3. *Sed hæc ita accipiendâ sunt, si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est: quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacunque pars hereditatis, vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id, quod eis deest, usque ad quartam legitimæ partis repleatur: licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.*

COMMENTARIUS.

I Illud hinc apprime notandum, olim ita jus fuisse, ut non tam ipsa exhereditatio aut præteritio querelæ faceret locum, quam quartæ sive legitimæ portionis per exheredationem aut præteritionem ademptio: atque hinc evenisse, ut & is; cui exhereditato pars legitima relicta esset, a querela repelleretur; & is, qui ex minore parte, quam quæ legitimam conficeret, heres institutus esset, datis coheredibus, admitteretur ad querelam, ut perspicue probat l. 8. §. 9. *hoc tit.*

2. Videamus nunc, quatenus Justinianus ab hoc jure recesserit ea constitutione, cujus hinc meminit, & quæ extat in l. 30. *C. hoc tit.* Is vetera jura intacta servare expresse voluit, id est, querelam inofficiosi locum habere, cum

nihil exhereditatis aut præteritis testamento relictum est, §. 1. *d. l. 30. & l. seq.* At si ei, qui queri poterat, aliquid relictum sit, vel in hereditate, vel in legato aut fideicommisso, id satis Imperatori visum est ad excludendam querelam, confirmandumque testamentum: jubetque hoc casu id, quod deest, usque ad portionem legitimam suppleri, licet testamento adjectum non fuerit, ut boni viri arbitratu suppleretur, *d. l. 30. in pr.* quod etiam repetit l. 31. & aliquot *seqq. C. eod.* & exprimit *hoc §.* Loquitur generaliter, profuturumque, se hoc constituisse ut amputaret innumerabiles occasiones subvertendi ultimas hominum dispositiones, atque in eo respexisse ad verecundiam naturæ.

3. Novissimo jure non tam debita portionis per exheredationem ademptio, quam ipsa exhereditatio per se querelam inducit, *nov. 115. cap. 4. & 5.* De quo accuratius sub §. *ult. inf. eod.* (1).

4. *Ad verecundiam naturæ*] Ne scilicet temere atque irreverenter liberi prosiliant ad impugnanda ac rescindenda testamenta parentum, quorum ut persona, ita & voluntas sancta iis esse debet: & in universum, ut aliorum quoque pudori consulatur, nec tam crebra sit occasio suprema hominum judicia evertendi, tanquam impia atque inhumana, quæsito colore ac prætextu furoris, *d. l. 30. in pr. C. hoc tit.*

5. *Ad quartam legitimæ partis*] Legitimam partem hinc vocat

totam illam portionem, quæ jure legitimæ successionis ex bonis defuncti liberis & parentibus debetur. Plerumque tamen ipsa quarta, ad quam in proposito repletionem fieri vult, legitima dicitur, item debita portio, debitum naturale, & debitum bonorum subsidium, l. 8. §. 11. *hoc tit. l. 36. §. 2. C. eod. l. 5. C. de inoff. don.* Atque adhuc hodie quarta passim appellatur, nimirum quia jure antiquo quarta pars fuit ejus, quam dixi, portionis, scilicet quæ ad eum qui queritur perventura fuisset, si pareretur. intestatus decessisset, l. 8. §. 6. *eod.* Quo primum tempore aut qua lege modus hujus portionis sic definitus sit, non liquet. Justinianus quantitatem auxit in liberis, proque quarta substituit tertiam; in liberis autem pluribus quatuor, semissem, *nov. 18.*

6. *Repletur*] (2). Vulgo conditionem hanc, qua repletio petitur, actionem ad supplementum vocant, notantque triplicem inter eam & querelam de inofficioso differentiam. Prima est: quod querela taciturnitate quinquennii ab adita hereditate computandi extinguitur, l. 8. §. *ult. & l. seq. hoc tit. l. si quis 34. C. eod.* (3): hæc actio sive conditio ex lege, ut favorabilis, perpetua est, id est, durat annos triginta; qui terminus est actionum omnium in personam, l. 3. *C. de præscript. 30. ann.* Altera: quod querela (quippe quæ instar est actionis injuriarum, l. 8. *in pr. hoc tit.*)

Ooo 2

in

(1) L. 5. d. tit. 8. P. 6.

(2) D. l. 5. tit. 8. P. 6. in fine.

(3) L. 4. d. tit. 8. P. 6. vers. Ca decimos.

in heredem non transmittitur nisi præparata, excepto casu *d. l. 34. C. hoc tit.* actio hæc etiam non præparata transeat. Tertia: quod qui agnoscit, quod sibi testamento relicto est, querelæ renunciasset intelligitur, *l. 10. §. 1. l. 12. in pr. eod.* (1): non autem huic actioni ad supplementum, nisi agnoscens specialiter scripserit, se contentum parte relicta, nolle de eo, quod deest, ullam quæstionem habere, *l. 35. §. 2. C. eod.*

TEXTUS.

Si tutor, cui nihil a patre relicto, pupilli nomine legatum acceperit.

4. Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relicto a patre suo: nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

Si de inofficioso nomine pupilli agens succubuerit.

5. Sed si e contrario, pupilli nomine, cui nihil relicto fuerat, de inofficioso egerit, & superatus est: ipse tutor, quod sibi in testamento eodem legatum relicto est, non amittit. (2).

(1) *D. l. 5. tit. 8. P. 6. vers. E. esto.*

(2) *L. 13. tit. 7. P. 6. vers. Fuertas ende.*

(3) *L. 6. tit. 8. P. 6.*

COMMENTARIUS.

I Qui iudicium defuncti agnoscit, puta quod sibi datum est, percipiendo, hoc ipso testamentum comprobare intelligitur, & querelæ renunciare, *l. 27. §. 1. l. per. §. 3. & 4. l. ult. hoc tit.* (3). Atque ex contrario, qui voluntatem defuncti impugnat, ut inofficiosam, is legatum sibi relicto perdit, & id fisco vindicatur, quasi indigno ablatum, *l. 8. §. 14. eod.* (4). Nec interest, utrum quis nomine proprio iudicium agnoverit, inofficiosumve dixerit, an alieno, dummodo id fecerit sponte, nec ulla necessitate officii cogente, veluti si ad vocationem præbuerit, *d. l. ult. in princ.* (5). Cui non obstat, quod filius patroni, qui ad vocationem accusatori liberti præstitit, non repellitur a bonorum possessione liberti, *l. 14. §. 9. de bon. libert.* Nam jus bonorum possessionis liberti, quod patrono & liberis ejus ex edicto competit, non aliter patronus aut liberi ejus amittunt, quam si ipsi libertum accusaverint: quod intelligitur ex ratione, qua Jurisconsultus *d. loco* utitur: *Neque enim, inquit, Advocatus accusat.* Legatum vero amittit Advocatus exheredati, non quia accusare testamentum intelligitur, sed quia accusationem opera ju-

(4) *D. l. 13. vers. La quinta, & in fine.*

(5) *D. l. 13. & ibi Lop. glass. 16. d. l. 6. tit. 8. P. 6.*

vando intelligitur, improbare iudicium defuncti, quod satis esse visum est ad amissionem legati Advocato relicto ab eo, quem furoris arguit. Licet autem qui legatum accepit non admittatur ad querelam, non tamen ei negatur arguere testamentum falsum aut non jure factum, & qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellitur ab eo, quod meruit, *l. 5. in pr. & §. 1. de his quæ ut indign.* Cujus rei hanc rationem reddit Papin. *l. 24. eod. tit.* quoniam qui testamentum jure factum negat, de jure disputat, non impugnat aut accusat iudicium, id est, disputat an ea sint observata solemnia, quæ jus exigit; non autem impugnat iudicium, eo colore, quod testator fuerit emotæ mentis; adeoque nec ulla injuria adficit defunctum, quemadmodum ille, qui inofficiosi instituit querelam.

2 Quod si quis ex necessitate officii, ea quæ diximus, fecerit nomine alieno, excusatus est. Exemplum hoc §. proponitur in tutore: sed ad omnes hoc pertinet, qui ex officio alios defendere, aut agentes consilio & opera sua juvare tenentur, ac proinde etiam ad Advocatum, cui clientis causam agere publice impositum, arg. *d. l. 5. §. 13. de his quæ ut indign.* (1). Sive igitur tutor, cum ipse exheredatus esset a patre, legatum petierit aut perceperit ex testamento nomine pupilli, cujus tutelam gerit; sive e contrario pupilli exhereda-

(1) *D. l. 13. tit. 7. Par. 6. vers. Fuertas ende.*

ti nomine de inofficioso egerit, & victus sit, neque hoc casu, quod ad se attinet testamentum improbasse, neque illo probasse intelligitur, sed hæc fecisse ex necessitate officii & fide, quæ excusata esse debet: ac proinde illo casu non prohiberi suo nomine de inofficioso agere; nec hoc casu legatum sibi relicto petere, *l. 30. §. 1. hoc tit. l. 22. de his quæ ut indign.* (2).

TEXTUS.

De quarta legitimæ partis.

6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit, sive jure hereditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo casibus, quorum mentionem nostra facit constitutio; vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.

COMMENTARIUS.

I Sive jure hereditario, sive jure legati] Novissimo jure, tota hæc ratio mutata est. Nam ex novell. 115. cap. 3. & 4. non

(2) *D. l. 13. tit. 7. Par. 6. vers. Fuertas ende.*

non sufficit ad excludendos a querela liberos & parentes, legitimam eis quovis titulo relictam esse: sed ut testamentum ab omni oppugnatione tutum sit, necesse est, ut boni liberi, & parentes honorentur titulo heredis; ut jam non tam quærat, an legitimam habeant, quam an instituti sint, aut juste a successione summoti (1). Patet hoc primum ex *d. nov. cap. 3.* ubi Justinianus expressissimis verbis sancit, non licere penitus parentibus liberos suos præterire vel exheredes facere, nec si quovis titulo particulari eis reliquerint legibus debitam portionem. Deinde ex *cap. 5. ejusdem nov.* ubi testatur, hanc suæ Serenitatis intentionem esse, ut a liberis & parentibus injuriam exheredationis & præteritionis auferat. At enimvero necesse non est, ut institutio fiat in universa legitima, sed sufficit vel in particula aliqua assis, vel etiam ex rebus certis heredes nuncupatos esse, aut institutos simpliciter, jussosque certis rebus esse contentos: quibus casibus, etsi minus relictam portionem legitimam, cessat tamen querela, & competit actio ad supplementum, *d. cap. 5. (2)*; cum contra esset jure veteri, ut *supra* notatum ad §. 3.

2 At, inquit, hoc posito aberravit Justinianus a scopo suo. Nam ex vera ratione juris, atque ipsius etiam *constitutione* Justiniani, qui certæ rei heres institutus est datis aliis coheredibus, aut qui simpliciter institutus jussus est certis rebus deductis heredi-

tatem restituere, non heredis, sed legatarii loco habetur, nullasque actiones hereditarias aut exercet, aut excipit, *l. 13. C. de hered. inst.* Jam vero si nihil recedit, legatum alicui detur, an in re certa heres instituatur addito vero herede, nec magis hoc, quam illo modo fiat, ut heres sit, falsus Justinianus fuit existimans, injuriam præteritionis aut exheredationis tolli, si modo heres quis nuncupetur vel ex re certa, vel simpliciter, & certis rebus deductis, rogetur hereditatem restituere. Nam si heres non fit, si nihil amplius ea res efficit, quam si legatum accepisset, certe pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur & Glossa in *l. 29. ad senat. Trebell.* Ex quo etiam sequitur, inane esse, sine re atque effectu, quod jactatur de honorifico titulo institutionis.

3 Sed tamen Justinianus hoc solum exigit, cui visum est, satis tolli injuriam præteritionis per solam heredis nuncupationem, eumque, qui vel in re certa institutus esset, justam causam non habere conquerendi se esse præteritum: quod ne videatur sine ullo juris effectu constitutum, defendi potest cum Sichard. post Bart. Jas. & DD. in *l. 13. C. de her. inst.* eum, qui in re certa institutus est, mixtæ cujusdam conditionis & naturæ esse, mediæque inter heredem & legatarium: unde & heredis nomen retineat, & rem, in qua institutus est, propria auctoritate apprehendere

(1) *L. 5. d. tit. 8. P. 6.*(2) *D. l. 5. tit. 8. P. 6.*

dere possit; quodque præcipuum est, jus etiam accrescendi habeat, hoc est, deficiente coherede simpliciter instituto, ipse universam hereditatem solus consequatur, perinde ac si ab initio solus ex re certa institutus esset: licet aliud

videatur Anton. Fab. *dec. 15. err. 5.* Bartolus *d. loc.* ait, in re certa institutum, rei istius respectu, pro legatario censi, respectu personæ ipsius, pro herede: quod satis Justiniano visum ad eum excludendum a querela.

APPENDIX

JURIS HISPANI.

DE LEGITIMA PORTIONE LIBERORUM
& parentum: & de meliorationibus
tertii & quinti.

1. *Quanta sit legitima liberorum & parentum.*
2. *Permissum est avo tertium bonorum suorum relinquere nepoti, cujus pater vivit.*
3. *Si parens utramque meliorationem tertii & quinti fecerit, prius deducetur quintum quam tertium: ubi & exceptiones.*
4. *Meliorationes fieri possunt nedum in testamento, sed etiam inter vivos; & quando revocari possunt.*
5. *De promissionibus de meliorando vel non meliorando.*
6. *Meliorationes quæ bona respiciunt: de deductione æris alieni, legatorum, & funeris impensarum: & quomodo tertium gravari possit.*
7. *De facultate assignandi meliorationes in re certa, & n. 8.*
9. *De modo capiendi meliorationes.*
10. *Quomodo imputande meliorationes.*
11. *Specialia in dote.*
12. *Exempla universam fere dotem complectentia, & n. seqq.*

I, IN HISPANIA tertiam & quintam hereditatis, partem appellamus tertium & quintum; & filiorum legitima, omnia parentum bona comprehendit, quinto excepto, quod, & nihil amplius, liberis auferre, & extraneis assignare parentes possunt, *l. 12. tit. 6. lib. 5. Recop. (28. Tauri)*. Ea vero, quæ parentibus debetur in liberorum successione minor est, quia duas tantum hereditatis partes complectitur. Unde liberi tertium bonorum suorum in præjudicium parentum, cullibet extraneo relinquere valent,

, l. 1. tit. 8. eod. (6. Tauri).

2 , Quamvis testatori habenti liberos non sit concessum extraneis relinquere tertium, ipsi tamen licet illud assignare uni vel pluribus liberorum, prout ei liberit. Nec refert, an hi liberi primum vel ulteriorem gradum obtineant. Finge, testatorem habere filios, & ex eis nepotes; nihil ei oberit, quominus nepotibus tertium relinquat, etsi pater & thii eorum vixerint; l. 2. d. tit. 6. lib. 5. Recop. (18. Tauri). Quinimo & id obtinebit etiam eo casu, quo testator unicum filium, & ex eo nepotem vel neptes habuerit, ut docent Molin. de Hisp. primog. lib. 2. cap. 11. n. 5. Covarr. lib. 1. variar. cap. 19. n. 4. vers. obiter, & alii, quamvis contrarium teneat Gomez in l. 18. Tauri. quæ eadem est cum d. l. 2. Hujus ratio ea est, quam ipse Covarr. tradit, quod tertium nullius ex liberis in specie legitima sit, cum eorum favore gravamen recipiat inter ipsos, ut expresse statuit l. 11. d. tit. 6. sed omnium duntaxat copulate, & respectu extraneorum, quatenus his relinqui nequit, extantibus liberis: quæ sola parentum prohibitio est.

3 , Quando parens uni aut pluribus e liberis tertium vel quintum relinquit, eos meliorare dicitur: unde tit. 6. lib. 5. Recop. inscribitur: De las mejoras de Tercio i Quinto: quia, in hoc illos præ cæteris meliores facit in successione. Si utramque meliorationem tertii &

quinti parens fecerit, prius quintum, quam tertium deducitur, l. 214. styli: quod usu servatur, & favore animæ testatoris constitutum videtur, ut ait Gomez in l. 17. Taur. n. 2. Excipe tamen cum Angulo de meliorat. in l. 9. gloss. 2. n. 45. casum, quo irrevocabilis melioratio tertii præcesserit; cum tunc non aliter melioratio quinti fieri possit, quam salvo jure tertii prius irrevocabiliter donati: & generaliter cum Cisuentis in l. 25. Tauri circa fin. quotiescunque voluerit testator, ut prius tertium, quam quintum extrahatur. Nam cum favore animæ testatoris constitutum sit, prius quintum, quam tertium extrahi, ut modo diximus, quatenus ita majus est quintum, quod pro anima expendere testator valet, nihil huic obest, favori in sui gratiam constituto, renunciare.

4 , Hasce meliorationes nempe in testamento, sed etiam per contractum inter vivos facere parentes possunt, ut de adsignatione libertorum jus Romanorum constituit, l. 1. §. adsignare 3. de adsign. libert. Dum primo modo sunt factæ, poenitentia locus est testatori, usque ad ejus obitum. Idem de secundo modo dicendum, nisi possessio rerum, quas melioratio complectitur, ipsi meliorato, aut illius procuratori sit tradita, vel saltem possessionis loco instrumentum meliorationem continens coram Tabellione tradatur: vel denique nisi melioratio

tio fuerit facta ex causa onerosa cum alio, matrimonii puta, vel simili. His enim casibus non aliter revocatio meliorationum procedet, quam si is, qui eas fecit potestatem revocandi sibi reservaverit; vel casus contigerit, quo donationes jure factæ revocari queunt, l. 1. tit. 6. lib. 5. Recop. (17. Tauri).

5 , Quoad promissiones de meliorando, vel non meliorando, statutum habemus in l. 6. tit. 6. lib. 5. Recop. (22. Tauri), obstringi stare promissis parentes eos qui scriptura publica interveniente sponderint per contractum inter vivos, se neminem melioraturos, ut nulla sit quæcunque melioratio, quæ in hoc casu fieret: uti & illos qui ob causam matrimonii vel aliam onerosam alicui e liberis promiserunt se enim melioraturos; & quidem ita, ut promissione non impleta, melioratio promissa habeatur pro facta. Limita tamen hanc doctrinam in promissione facta filia ex causa dotis vel matrimonii per ea quæ dicimus inf. num. 11.

6 , Meliorationes hujusmodi, ea bona, quæ parens dum moritur habet, respiciunt, l. 7. eod. (23. Tauri): unde bonorum æstimatione tunc temporis facienda, validæ, vel inofficiosa pronuntiandæ. Atque hinc pendenda ratio l. 9. eod. (25. Tauri) statuentis, non deducendas meliorationes a testatore factas ex dotibus, donationibus propter nuptias, aut aliis, quas mortuo parente, liberi, ad collationem

attulerint: quandoquidem hæc in patrimonio parentis non permanent. Eademque ratione nititur, l. 5. eod. (21. Tauri), quatenus statuit, meliorationes tertii, & quinti onus æris alieni sustinere, cum bona non dicantur, nisi quæ de ære alieno suspensæ sunt, l. 2. §. 1. de verbor. sign. Quare si parens, qui centum habebat, debuerit quadraginta, duntaxat sexaginta habuisse censendus. Alia plane ratio est legatorum & funeris impensarum, quæ cum æs alienum non sicut quo tenebatur defunctus, ejusque bona minuebantur, sed onera tantum, quæ ab ipso defuncto primam ducunt originem, ex solo quinto deducenda sunt, l. 13. d. tit. 6. lib. 5. Recop. (30. Tauri). Nec aliter fieri poterat, cum alia omnia parentis bona legitima filiorum sint respectu extraneorum, cui onus vel gravamen imponere parentibus non licet, l. 11. tit. 4. P. 6. l. 32. C. de inoff. testam. Temperat hanc doctrinam l. 11. d. tit. 6. lib. 5. Recop. (27. Tauri), quatenus permittit parentibus tertio gravamen imponere ordinæ sequenti: 1. favore descendentium legitimorum: 2. illegitimorum qui jus succedendi habeant: 3. ascendentium: 4. cognatorum; & demum extraneorum.

7 , Permissum est parentibus meliorationes in certa re vel parte bonorum suorum assignare; non tamen hanc assignandi facultatem alteri committere, l. 3. eod. (19. Tauri): quam temere restringunt Azevedo in d. l. 3.

num. 32. & Angulo de meliorat. l. 3. gloss. 4. n. 1. ad commissionem generalem, contendentes posse parentes specialiter alteri committere facultatem assignandi. Quia præterquam quod verba ipsius leg. 3. hanc restrictionem manifeste explodunt, dum speciatim de hac facultate loquentia ibi: *Que esta facultad*, diserte negant posse eam alteri committi; observare debuerunt, hanc l. 3. eodem tempore, eisdemque Auctoribus fuisse latam, in civitate Taurina, ac l. 5. tit. 4. eod. (31. Tauri). Quare si Auctorum mens ea fuisset, ut vellent, facultatem assignandi alteri committi posse specialiter, abs dubio id expressissent, prout in simili fecerunt in d. l. 5. loquentes de facultate constituendi commissarium ad meliorandum, exheredandum &c.

8, An autem parentibus salva maneat potestas concedendi ipsi filio meliorato facultatem assignandi, seu potius eligendi rem certam in solutionem meliorationis sibi factæ, nova est quæstio, quam affirmative usus fori recepit. Nec immerito. Nam cum laudata l. 3. facultatem committendi denegans verbis duntaxat generalibus utatur: *A otra persona*, credibile non est voluisse quoque filium melioratum excludere, quem utique filii nomine appellasset, ejus specialem mentionem faciens, si ipsum in quo statim major difficultas apparet, voluisset excludere, arg. l. 6. de pignor. Vide Barbos. axiom. jur. 106. n. 14. Quod

facilius admittendum ex eo quod facultas assignandi, quam parentibus lex tribuit, favore filiorum concessa existimari debet: unde ex parte filiorum amplianda, per vulgata.

9, Liberis heredibus non libebit solvere meliorationes in pecunia numerata; sed in rebus, a testatore assignatis solvendæ, vel in parte bonorum defuncti assignatione cessante: nisi bona testatoris commodam divisionem non reciperent, leg. 4. tit. 6. lib. 5. Recop. (20. Tauri). Poterunt vero ipsi meliorati capere meliorationes, etiamsi hereditatem repudiaverint: quo casu onus æris alieni quo defunctus tenetur pro rata solvent, l. 5. d. tit. 6. (21. Tauri), ut modo diximus num. 6.

10, Si parens uni e liberis donationem simplicem fecerit, eum meliorasse intelligitur, etsi id non expresserit; atque ita imputabitur, ut prius tertio applicetur, postea quinto, & si quid superfuert in meliorati legitimam deserviat, l. 10. d. tit. 6. lib. 5. Recop. (26. Tauri). Si vero donatio non fuerit simplex, sed ob causam, non statim melioratio censenda, sed prius in legitimam imputanda, hacque expleta tertio; & postmodum quinto applicanda. Quæ autem donatio hanc metam excesserit, erit qua talis inofficiosa, cum nullus filius præter tertium, quintum, & legitimam, amplius ex paterna hereditate possit consequi, l. 3. tit. 8. eod. (29. Tauri). Adi Azev. in d. l. 10. a n. 26. &

& Covarr. in cap. Raynaldus §. 2. n. 16. cum duobus seqq.

11, Sed notandum obiter, dotem datam vel promissam filiæ intra legitimæ cancellos esse constringendam, quin ex causa dotis vel matrimonii possit ullo pacto filia tacite vel expresse meliorari, leg. 1. tit. 2. eod. quæ vulgo *Pragmatica Matriti* dicitur, utpote ibi edita anno 1534. in qua & alia ad coercendas doteres. Illud quoque speciale est, valorem legitimæ filiæ debita, quem dos nequit excedere, respicere parentis bona, vel quo tempore parens dotem dederit, promiseritve, vel quo is moritur, prout filia libuerit, cum donationes cæteræ hoc privilegio non fruantur, sed tempore mortis regendæ, l. 3. tit. 8. eod. (29. Tauri).

12, Instituti ratio latius nos expatiari non patitur, cæterum ut principia hætenus tradita, quorum usus in nostra Hispania frequentissimus, ita tironibus perspecta sint, ut ea casibus qui sese offerant sine hæsitatione valeant accommodare, sequentia libet proponere exemplum.

13, Primum: Parens decessit relictis tribus liberis Titio, Sempronio, & Cajo, quorum Titium melioratione tertii, & Sempronium quinti honoravit: habebat in bonis 1700. debebat ducenta: legavit centum: & in ejus funere quinquaginta sunt impensa. Prius creditoribus solventur ducenta, & ex 1500. quæ remanent, 300. Sempronio

pro quinto, & 400. Titio pro tertio tradentur: reliqua 800. in tres æquales partes inter tres liberos dividuntur; & inter Sempronium legata, & impensas funeris solvet. Si in hoc exemplo parens ex Titio nepotem habuerit, poterit in hunc tertii & quinti meliorationem conferre; quo casu onera quinti, legata scilicet & impensas funeris sustinebit nepos.

14, Secundum: Idem parens præter ea, quæ superiore vers. retulimus, filiam habebat, cui 400. in dotem dederat. Quintum & tertium idem erunt, cum ex 400. in dotem datis non deducantur. Porro hæc 400. adduntur 800. quæ post quinti & tertii deductionem supersunt, & ita cumulus erit 1200. qui inter quatuor parentis liberos æqualiter dividendus est: unde cuilibet 300. in legitimam contingent. Quia vero filia 400. recepit in dotem, 100. restituet, quoniam hac parte inofficiosa dos est, nisi quo tempore parens eam constituit, ita amplum patrimonium habuerit, ut 400. tum filia legitimam non excederent: quo casu 400. retinebit, & cætera 800. inter tres ejusdem fratres dividuntur æqualiter.

15, Tertium: Idem parens, relictis duntaxat laudatis tribus filiis, quos primo retulimus exemplo, Titio donatione simplici donaverat 1000. & Sempronio ob causam 300. Titius melioratus censebitur, ita ut 1000. donata prius in tertium, deinde



, in quintum, & tandem in legitimum imputet. Cum autem meliorationes respiciant bona, quæ pars dum moritur habuit, quæ hic ære alieno deducto 1500. sunt, quintum & tertium idem quoque erunt ac in superioribus exemplis. Sic igitur agatur res: Ex 1500. detrahentur 700. Titio ratione tertii & quinti applicanda: 800. reliquis donationes duæ adjicientur, cumulusque evadet 2100. quo in tres partes diviso, filiorum legitima 700. erunt. Hinc ex 1500. Titio 400. & totidem Sempronio tradenda, & 700. reliqua Caji erunt, & insuper Titio, & Sempronio salvæ donationes manebunt.

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE HEREDUM QUALIT. ET DIFFERENTIA.

Dig. Lib. 9. Tit. 2. Cod. Lib. 6. Tit. 31. (1).

I SI testamentum ab initio recte factum fuerit, neque postea infirmatum, secundum ea, quæ superioribus titulis exposita sunt, incipit post mortem testatoris deferri testamento hereditas, ut jam ad acquisitionem ejus nihil supersit præter suspensionem: quæ ex duabus partibus, quibus acquisitionem hereditatis constare diximus sub §. ult. supr. per quas pers. cuiq. acq. altera est. Quamvis autem eadem sit ratio acquirendæ hereditatis ab intestato delatæ, atque ex testamento; tamen cum disservisset Imperator de deferenda hereditate ex testamento, partem alteram, quæ est de delata acquirenda, divellere noluit, licetque hinc petere, quod illo pertinet. Sunt autem duo hujus tituli capita, quorum alterum inscriptio indicat; alterum est de acquiren-

da vel omittenda hereditate. Posterioris cognitio a priori dependet. Nam cum varia sit hereditatis acquisitio, eam varietatem efficit diversa qualitas & conditio heredum. Quamobrem recte primum indicantur genera & differentia heredum, deinde demum disputatur de acquirenda vel omittenda hereditate.

TEXTUS.

Divisio heredum.

Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii, aut extranei (2)

COMMENTARIUS.

I TRIMEMBRIS hæc heredum divisio ex duabus binis membris conflata est, more no-

stris usitato. Sic autem revocabitur, ut dicamus, heredum alios esse necessarios, alios voluntarios; & illorum alios necessarios simpliciter, alios necessarios & suos. Rectius vero necessariis heredibus opponimus voluntarios, quam extraneos, argum. l. 12. de cond. inst. l. 15. & seq. de adq. her. quippe extranei ad distinctionem suorum magis dicuntur, non considerata in eis necessitate, l. 6. in pr. de injust. rupt. l. 6. de vent. in poss. mitt. Est autem hæc distributio ex jure civili: nam præter suos heredem ex necessariis vi ipsa fecit voluntarios, dato beneficio abstinendi, §. 2. infra in fin.

2, IN HISPANIA sui heredem, non sunt necessarii, ut videtur infra §. 2.

TEXTUS.

De heredibus necessariis.

1. *Necessarius heres est servus heres institutus, ideoque sic appellatur, quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber, & necessarius heres fit (1). Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo, aut etiam ulteriore gradu heredem instituire: ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus heredis bona, quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præ-*

statutur, ut ea, quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea causa res ejus, quas sibi acquisierit, non veneunt.

1 *Hic text. clarus est, & de ejus argumento locuti sat sumus §§. 1. & 2. qui & ex quib. caus. & in pr. de hered. inst.*

2, *Quod ad HISPANIAM spectat, recolere dicta in §. 1. qui & ex quib. caus. man. non poss.*

TEXTUS.

De suis heredibus.

2. *Sui autem & necessarii heredes sunt, veluti filius, filia, nepos, neptisve ex filio, & deinceps ceteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit, eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est, ut pater ejus, vivo patre suo, desierit suis heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus a patria potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, & vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam si quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omni-*

(1) L. 21. cum seq. tit. 3. P. 6. (2) D. l. 21. tit. 3. P. 6.

(1) D. l. 21. tit. 3. P. 6. vers. E necessarios.

omnino, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento, ex lege XII. Tab. heredes fiunt: sed his Prætor permittit volentibus abstinere hereditate, ut potius parentis, quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.

COMMENTARIUS.

I *Veluti filius, filia, nepos &c.*] Qui sint & dicantur sui heredes, licet non definitione aliqua, sed exemplis hic declaretur, facile tamen ex his, quæ traduntur, quivis per se brevem, & explicandæ rei idoneam definitionem extruxerit dicens: *Liberi qui in potestate morientis fuerunt, & tempore delatæ hereditatis in familia proximi sunt*: ut sunt filii, & nepotes illi qui locum occupant patris sui, quia hic desiit esse in potestate avi. Enimvero hodie occupatio loci paterni atque in sui heredis locum successio ex causa emancipationis nihil operatur quoad effectum succedendi ab intestato, postquam placuit etiam filios emancipatos jure civili ad successionem ab intestato admitti, atque in ea successione præferri nepotibus ex se natis, licet retentis in potestate avi, nov. 118. cap. 1. Ex quo etiam intelligimus, hodie edictum *de conjung. cum emancip. liber.* inutile esse.

2. *Sed sui quidem heredes*] Nomen suorum heredum ex jure civili descendit, *l. ult. de bon. damn.* hoc est, ex lege XII. Tab. *l. 220. de verb. sign.* Ulpian.

tit. 26. estque verbum forense ac proprium Jurisconsultorum, non populare aut oratorium, de quo Hotoman. 6. observ. 10. Quod ut intelligatur, sciendum est, relativum suus non eodem modo ac sensu in proposito apud nostros usurpari, quo apud Grammaticos & in sermone populi. Popularis locutio est, cum ea dictione ut relativa & reciproca sic utimur, ut referatur & redeat ad eam personam, quæ præcessit; veluti cum nostri dicunt: *Mulier suos filios in potestate non habet*, *l. 5. C. de adopt. Cajus Sejus testamento uxorem suam heredem instituit*, *l. 34. §. 3. l. ult. de legat. 2.* In his enim locutionibus vox suus ad præcedentem personam refertur, scilicet ad matrem, ad Cajum Sejum. Atque hic usus hujus vocis, quem pueri docentur in scholis, citato vulgato illo: *Rogat te Cæsar, ut suas partes sequaris.* Ex eadem consuetudine & more vulgari nostri quoque loquantur, cum utramque vocem, *heres, & suus*, conjungunt; sed ita, ut *suus* sequatur, veluti in his: *Testator a Titio herede suo centum legavit. Titia ita fidei commisit heredis sui. Stipulatus est sibi hereditate suo, ire agere licere*, *l. 2. §. ult. de verb. oblig. Quintil. lib. 5. cap. 16. Quem quis heredem suum esse voluit, charum habuit.* At cum ex usu juris peculiari loquuntur, verbum suus refertur ad eum ipsum, qui heres, & quod diligenter observandum, tunc perpetuo id verbum præcedit, ut in his: *Femina suum heredem non habet*, *l. 4. §. 2. contra*

tra tab. Filius patri suus heres est, *l. 45. §. 2. de neg. gest. cum sexcentis similibus.* Et igitur cum dico: *Mulier suum heredem non habet*, intelligor loqui ex usu juris peculiari; cum ajo: *Sempronius heredem suum rogavit; ut partem hereditatis restitueret Titio*, ex usu communi. Rationem nominis mox audiemus.

3. *Et vivo patre quodammodo domini*] (1). Atque hinc est, quod patre mortuo, non tam novam & alienam hereditatem percipere existimentur, quam pleniorum & liberiorum veterum bonorum administrationem, statimque a morte parentis quasi continuatur dominium, *d. l. 11. de lib. & posth.* quo fit, ut ubi suus heres est, nunquam jacere hereditas dicatur: nimirum quia nullam inter defuncti mortem & existentiam sui heredis intervallum est, *l. 1. §. 7. si quis omiss. ca. test.* Ex eo item est, quod sui heredes ipso jure heredes existant, citra ullum vel suum vel alterius factum, *l. 14. de suis & leg.* adeoque ante apertas tabulas, *l. 3. C. de jur. del.* tametsi ignorent patrem decessisse: ac proinde etiam si furiosi sint, aut alias voluntate careant, *l. 63. de adq. her.*

4. *Necessarii ideo dicuntur, quia sive velint sive nolint*] Necessitas hæc a jure patriæ potestatis est, *l. 5. de cond. & dem.* quæ similis dominicæ fuit, ut ostendimus in §. 2. *supr. de pat. pot.* liberosque hac in causa redigebat ad instar servorum: unde & commune iis cum servis here-

dibus a dominis institutis nomen necessariorum heredum, *l. 57. de adq. her. & passim.* Licet autem suitati cohæreat necessitas; est tamen diversa qualitas a suitate. Ex eo quod quis suus est, ipso jure heres fit, bonaque paterna penes eum remanent: ex eo quod necessarius, ea retinere cogitur, creditoribusque paternis, velis nolit, respondere, *d. l. 57.* In suitate jus liberorum magis, in necessitate solius patris vertitur; cui ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere, atque ex necessario herede facere voluntarium, *l. 12. de cond. instit.* ut evenit in vulgari substitutione. Neque inquam pater dicitur suum sibi heredem facere, sed bene necessarium: & cum impuberi filio fratrem necessarium heredem facit, suum tamen heredem non facit, ut recte Govean. ad *l. 2. §. 5. num. 35.* & in *l. 10. §. 1. num. 2. de vulg. & pupill.* contra Bart.

5. *Prætor permittit volentibus abstinere hereditate*] Cum quæsitæ hereditatis hæc vis sit, ut nos obliget æri alieno, licet solvendo non sit, *l. 8. de adq. her.* suisque heredibus ipso jure acquiritur hereditas, consequens quidem est, ut creditoribus hereditariis respondere teneantur, quamvis bona paterna non sufficiant, iisque se bonis abstinere parati sint; humanitas tamen hic postulare videbatur, ut eo onere, qui id non sponte suscepissent, liberarentur. Verum tantum abest, ut jus civile iis subveniret, ut

(1) *D. l. 21. tit. 3. P. 6.*

eodem jure etiam necessitas ista comparata sit, & annexa suitati. Et quid mirum, si lex, quem occidere patri permittebat, eundem necessarium heredem patri fecerit, aut permiserit patrem sibi facere?

6 Cæterum acerbiteriam juris civilis Prætor mitigavit data suis & necessariis heredibus potestate abstinendi, quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc consequuntur, ut necessitate subeundorum onerum hereditarium non adstringantur, *d. l. 57. de adq. her.* Ex eo autem quod Prætor hic dicitur liberis necessariis heredibus volentibus potestatem facere abstinendi hereditate, & alibi eos liberare oneribus hereditariis, si velint derelinquere hereditatem, *d. l. 57.* recte colligitur, Prætor ex necessariis vi ipsa fecisse voluntarios, quanquam non extraneos: necessitatem tantum a Prætoris sublatam, non suitatem: quippe cujus maxima pars ad utilitatem liberorum pertinet, quibus prodesse, non nocere Prætori propositum fuit, *l. 12. de vulg. & pup.* Quamobrem etiam maum & ipso jure & ignorantibus heredes fiunt, & obligantur creditoribus hereditariis, §. 3. *Inst. de her. quæ ab int. d. l. 57.* quamvis respectu beneficii prætorii, quo fit, ut in eos actio non detur, idem jus habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hereditatis haberent, *l. 89. de legat. 1.*

7 Clarius vero adhuc apparet, suitatem non esse sublatam a Prætoris ex eo, quod etiam post ab-

stentionem nudum illud nomen heredis non est sine effectu: nam & sola sui heredis existentia confirmat tabulas pupillares, ut docuimus supra sub *pr. de pup. subst.* & libertates sustinet, *l. 30. §. 10. de fid. lib.* quo loco discrete pro ratione hoc affert Jurisconsultus: *Quod non sit sine herede, qui suum heredem, licet se abstinentem, habet:* & operatur confirmationem fideicommissi, ut restituta hereditate ex senatusconsulto Trebell. transeant actiones, *l. 27. §. 3. ad SC. Treb.* Postremo inde est, quod hereditas pupilli, quantumvis abstinentis, potestate juris civilis cum hereditate patris confusa censetur, *l. 28. de reb. auct. jud. poss.* licet hoc casu substitutus pupilli separationem bonorum patris & filii petere possit ex sententia Marcelli probata ab Ulpiano *l. 42. de adq. her.*

8, IN HISPANIA liberi non sunt heredes necessarii patri, sed voluntarii, ipsisque permittitur paternam hereditatem derelinquere vel repudiare, *l. 5. tit. 6. lib. 5. Recop.* uti jure prætorio apud Romanos viguisse vidimus. Nec ulla fere noscitur differentia inter filios suos & emancipatos, præterquam in argumentis substitutionis pupillaris, & tutelæ. Sane quoad necessitatem eos instituendi vel exheredandi, idem de utrisque leges nostræ statuunt: uti & de parentibus; atque etiam de liberis respectu matris. Vide quæ supra diximus in §§. 5. & 7. de *exher. liber.* Cæterum alio sensu

, longe diverso heredes necessarii, vulgo dicuntur illi, quibus portio legitima auferri nequit, quales sunt liberi, & his non exstantibus parentes, ut vidimus, in *Append. jur. Hispan. de leg. 1. port. lib.*

TEXTUS.

De extraneis.

3. Cæteri, qui testatoris juri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, extranei heredes nobis videntur. Qua de causa, & qui heredes a matre instituuntur, eodem numero sunt: quia femina in potestate liberos non habent. Servus quoque heres a domino institutus, & post factum testamentum ab eo manumissus eodem numero habetur.

COMMENTARIUS.

I SEquitur tertium genus heredum, extranei, qui iidem & voluntarii heredes dicuntur, propterea quod his hereditas voluntate acquiritur, ut si velint, liceat suscipere, §. *ult. inf. eod.* si nolint, non cogantur, *l. 16. C. de jur. del.* eaque appellatione commodius in distributione necessariis oppositi fuissent, ut in *pr.* monuimus. Sunt autem extranei seu voluntarii heredes in liberis hominibus omnes, qui non sunt sui; ex servis, qui utrumque ex domini testamento non

Tom. I.

consequuntur, libertatem scilicet & hereditatem, §. 1. *supr. de her. inst. & hoc textu in fin.*

2 Omittendum vero hic non est, verbo *extraneorum heredum* non semper intelligi omnes, qui sunt voluntarii, aut omnes designari, qui non sunt sui. Nam & filius emancipatus ab extraneis discernitur in *l. 114. §. 16. de legat. 1.* atque in *l. unic. C. de impon. lucrat. descrip.* appellatione extraneorum significantur soli, qui in numero descendentium non sunt: & patrono legitimo heredi extraneus opponi videtur in *l. 36. de bon. lib.* Sane cum de jure succedendi ab intestato quaeritur, pro extraneis simpliciter habendi non sunt, qui præteriti aut exheredati jure civili aut prætorio testamentum rescindere possunt. Quin etiam omnes, qui ab intestato sive a lege, sive a Prætoris ad successionem vocantur, suo sensu possunt dici non extranei, nimirum ad differentiam eorum, qui ab intestato venire non possunt: eoque sensu Cajus *lib. 2. tit. 3. in fin.* extraneos heredes definit, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur: quamvis inscite *eo loco*, ubi extraneos & suos invicem in dividendo opponit. Ex his vero intelligi potest, quid sibi velit Baldus in *l. 9. col. 12. 3. opp. C. de collat.* cum ait, extraneum dici tripliciter, a suitate, a filiatione, & a cognatione.

3, IN HISPANIA doctrina *hujus*, §. probata est in *l. 21. tit. 3. P. 6. vers. E. estraños.* Cæterum vix est, ut liberi emancipa-

Qgg

, ti

ti extranei heredes dici queant: idemque esto iudicium de filiis respectu matris, & de ascendentibus respectu descendantium non habentium liberos, per ea quæ in §. proximo diximus. Vid. de Torres in §. 2. hoc tit. Mayr, mō ibid. n. 2. Galin. in Phœn. lib. 3. tit. 9. §. 2.

TEXTUS.

De testamenti factioe.

4. In extraneis heredibus illud observatur: ut sit cum eis testamenti factio, sive heredes ipsi instituantur, sive ii, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, ut constituta institutio, mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius & cum adit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit: nam jus heredis eo maxime tempore inspicendum est, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet heredi: quia, ut diximus, tria tempora inspicere debent (1). Testamenti autem factioem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest; sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, & mutus, &

posthumus, & infans, & filius-familias, & servus alienus, testamenti factioem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint; attamen ex testamento vel sibi, vel alii acquirere possunt.

COMMENTARIUS.

I Expositis generibus & differentiis heredum, pergit ad id, cujus cognoscendi causa differentie istæ præcipue tradite fuerunt, videlicet ad ipsam hereditatis iure delatæ acquisitionem: & quia in heredibus ad acquirendam hereditatem necessario requiritur, ut sint hereditatis capaces; merito primum docet, quibus temporibus capacitas illa inspicenda sit, ut hereditatem sibi delatam obtinere possint. 2. Sive ii, qui in potestate eorum sunt] Cum servorum, qui ipsi per se incapaces sunt, institutio sustineatur ex persona domini, cum quo testamenti factio est, l. 31. de hered. inst. consequens omnino est, testamenti-factioem iisdem temporibus cum domino esse oportere, servo ejus herede instituto, quibus oporteret, si ipse heres institutus esset: proinde & facti testamenti tempore, & mortis testatoris. Huic tamen parti contradicere videtur Terentius Clemens l. 82. de adq. her. Ait enim, servum ejus, qui capere non potest, & heredem institui posse, & eum ipsum, si, antequam jussu domini adeat, manumissus sit, ad hereditatem ad-

admitti. Verum ut totus iste locus & loci inscriptio ostendunt, non loquitur Clemens de servo ejus, qui omnino non est capax, aut cum quo simpliciter non est testamenti factio, qualis est peregrinus, aut deportatus (nam & hunc nihil prohibet servum habere, l. 7. de legat. 3.): sed de servo ejus, cum quo quidem ut cive Romano testamenti factio est, sed qui capere non potest ex ejus testamento, qui servum instituisse proponebatur. Erant enim inter cives, qui ex quorundam testamentis aut nihil aut partem tantum capere poterant, ut coelibes, orbi, vid. sup. pr. de her. inst. Aliter respondet Cujac. ad l. si alienum 49. §. 1. de hered. instit.

3. Duobus temporibus, testamenti facti, & mortis testatoris] Mox tamen adjicit & tertium tempus, scilicet, quo adenda hereditas: uti & Jurisconsultus l. 49. §. 1. de hered. instit. De duobus temporibus testamenti & mortis testatoris, res expedita est. Nam testamenti tempus ideo necessario inspicendum est, ut consistat institutio, nimirum propter regulam Catonianam, quæ initium spectari vult, nec patitur, institutionem, quæ ab initio non valuit, ex postfacto convalescere, toto tit. de reg. Caton. Mortis vero ideo, ut effectum habeat institutio, hoc est, ut dies ejus utiliter cedat: quod fit, si quis sit eo tempore, cui hereditas utiliter deferatur, quique eam ad eundo sibi acquirere possit, l. 52. de legat. 2.

4. Hoc amplius & cum adit hereditatem &c. sive pure, sive sub conditione institutus sit] Ita quoque Jurisconsultus in d. l. 49. §. 1. nimirum ergo Imper. & Jurisconsultus hoc ajunt, præter priora duo tempora testamenti scilicet & mortis testatoris, etiam ad eundem hereditatis tempus, circa capacitatem heredis spectari, sive pure, sive sub conditione instituti. Mihi vero hoc inconsideratius dictum videtur, & sive pura sit institutio, sive conditionalis, tempus ad eundem hereditatis in consideranda capacitate heredis non bene constitui terminum distinctum a tempore mortis aut conditionis existentis. Primum enim ubi pura institutio est, nego plura tempora in proposito spectari, quam duo illa, testamenti facti, & mortis testatoris: tempus autem ad eundem hereditatis a tempore mortis ajo distinguere non oportere. Quod sic demonstro. Heres pure institutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, frustra queritur de ejus capacitate tempore aditionis hereditatis, cum qui capax non est tempore mortis, etsi postea capax fiat, hereditatem acquirere non possit: quod ipsum etiam hoc loco & d. l. 49. §. 1. aperte significatur, cum ad hoc ut effectum habeat institutio, requiritur, ut institutus capax sit tempore mortis: neque ratio juris aliud patitur, secundum quam constat, tempus aditionis cum tempore mortis conjungi, l. 54. de adq. her. l. 193. de div. reg. jur. Si est capax, & deinde

(1) L. 22. tit. 3. P. 6. vers. Pero.

de hereditate nondum adita incapax factus, post aliquanto in pristinam causam restitutus sit, hic quidem temporis aduendæ hereditatis tanquam tertii extremi ratio aliqua haberi poterat; cæterum non haberi, ac ne sic quidem hereditatem instituto acquiri posse, ex eo evincitur, quod in pura institutione unum tantum tempus intermedium est, quo heredi mutatio juris non noceat, tempus scilicet, quod intercedit inter factum testamentum, & mortem testatoris: ex quo porro hoc sequitur, in pura institutione duo tantum esse extrema, quæ circa capacitatem heredis considerentur, tempus testamenti conditi, & mortis testatoris, per *hunc text. vers. medio autem, & d. l. 49. §. 1. vers. eod.* Denique certum est, non tantum mortuo herede instituto, sed etiam eo incapace facto, puta deportato ante aditam hereditatem, statim locum fieri substitutis, aut heredibus ab intestato, *l. 3. §. 1. de his quæ pro non scripti.*

5. Sed nec in conditionali institutione recte dicitur, circa capacitatem heredis inspicere tempus aditionis; sed præter duo priora inspicitur etiam tempus existentis conditionis, ita ut tria quidem hic sint extrema, sed præter tempus testamenti & mortis, tum inspicitur existentia conditionis, non etiam tempus aduendæ hereditatis; alioqui enim dicendum foret, quod inauditum est, in conditionali institutione quatuor tempora distincte consideranda esse, testamenti, mortis, condi-

tionis existentis, & quo aditur hereditas: siquidem conditio existens heredem scriptum jure heredem non facit, sed tantum institutionem purificat, ut ad acquirendam extraneo hereditatem nihilominus adhuc opus sit aditione. Quid quod nec Imperator ipse, aut Jurisconsultus *d. loco* plura tempora in conditionali institutione agnoscunt, quam tria ista, quæ diximus? Ajunt enim, medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem, mutationem juris non nocere heredi. Quod si tempus aduendæ hereditatis quoque eodem modo spectaretur, addere debebant, & que medio tempore inter conditionem existentem & aditionem hereditatis, mutationem juris heredi non obesse. Effectum igitur est, tempus aditionis hereditatis neque in pura institutione constituere terminum tertium, neque in conditionali quartum: ac proinde parum considerate tempus illud *hoc loco* confertur cum prioribus.

6. Dicendum est itaque, eo quod *hic* traditur de inspicenda capacitate heredis etiam quo tempore de aduenda hereditate agitur, nihil aliud significari, quam eum, qui isto tempore capax non est, licet cæteris temporibus capax fuerit, hereditatem aduendo acquirere non posse; & quamvis hæc monitio pene inepta videatur, cum contradictoria sint, incapacem esse, & posse acquirere hereditatem, tamen non alium illorum verborum sensum esse patet ex eo, quod cum de extremis agi-

agitur, & intermediis, quæ non nocent, temporibus, tempus aduendæ hereditatis inter ea extrema non agnoscitur, utpote quo capacem esse heredi nihil prosit, si aliquando aut post mortem testatoris, aut post conditionis existentiam incapax fuerit.

7. *Ex alieno testamento capere*] Testamenti factio duplex jus continetur, faciendi testamentum, & ex testamento capiendi. Hinc vulgo DD. testamenti factionem dividunt in activam & passivam: & de hac exaudiendus Justinian. in *hoc tex.* Vide quæ diximus in §. 6. *de testam. ord.*

8. IN HISPANIA, si liberi fuerint heredes instituti a parentibus, valida institutio erit si, cum liberis sit testamenti factio, quo tempore testator moritur, licet facti testamenti tempore institui nequiverint, *l. 22. tit. 3. P. 6.* Cessat igitur hoc casu regula Catoniana.

TEXTUS.

De jure deliberandi, & de beneficio inventarii.

5. *Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de aduenda hereditate, vel non aduenda. (1). Sed si ve is, cui abstinenti potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis; si ve extraneus, cui de aduenda hereditate licet, adierit: postea relinquenda hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit xxv. annis. Nam*

(1) *L. 1. tit. 6. P. 6.*

hujusmodi ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus causis, deceptis, ita & si temere damnosam hereditatem susceperint, Prætor succurrit. Sciendum est tamen, Divum Hadrianum etiam majori xxv. annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emerisset. Sed hoc quidem Divus Hadrianus cuidam speciali beneficio præstitit: Divus autem Gordianus postea militibus tantummodo hoc concessit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit (2): & constitutionem tam æquissimam, quam nobilissimam scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hereditatis contingit: ut eo hac causa neque deliberationis auxilium sit eis necessarium, nisi omissa observatione nostræ constitutionis, & deliberandum existimaverint, & sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

COMMENTARIUS.

I. **H**eres suscepta hereditate in jus & locum defuncti succedit, eumque in omnibus, quæ personæ non coherent, repræsentat, *l. 37. de adquir. her. l. 62. de div. reg. jur. cum simil.* Hoc autem cum dicimus, intelligimus, heredem succedere non tantum in jus, quod defunctus ha-

(2) *L. 5. tit. 6. P. 6.*

habuit adversus alios; verum etiam in id jus, quo defunctus aliis tenebatur: in summa heredem tam onerum & incommodorum successorem esse, quam commodorum hereditarium; ac proinde obligari eum etiam æri alieno defuncti, eoque nomine a creditoribus hereditariis conveniri posse, conventum iis respondere, eorumque actiones, quæ ex contractibus defuncti descendunt, suscipere cogi, etiamsi hereditas solvendo non sit, l. 8. de acquir. her. l. 2. C. de her. vel act. vendit. (1). Quæ cum ita sint, periculosum sane atque anceps est, hereditatem aut adire statim, aut statim repudiare: illud ob periculum æris alieni, quod initio latere potest; hoc, ne temere repudiando lucrosam hereditatem amittamus. Cæterum adversus hujusmodi periculum duo remedia hereditibus cunctantibus comparata sunt, sive ex testamento sive ab intestato ad hereditatem vocatis; ac proposita non extraneis tantum de adeundo aut repudiando, sed etiam suis heredibus de immiscendo aut abstinendo cogitantibus, l. 9. de jur. delib. l. 19. C. eod. (2). Unum vetus est, jus deliberandi, de quo in pr. hujus §. alterum novum a Justiniano primum introductum, beneficium scilicet inventarii, quod indicatur vers. Sed nostra.

2. Quod attinet ad jus deliberandi, sciendum est, id non tantum heredis gratia comparatum esse, sed eorum quoque, quo-

(1) Pr. tit. 6. P. 6. l. 10. cod. l. 1. tit. 3. cod.

rum interest hereditatem statim aut adiri aut repudiari, puta creditorum, substitutorum, eorumve, qui ab intestato venire possunt. Quia etiam hoc remedio, si nemo istorum sit, qui urgeat, non admodum heredi opus est: quippe cui liberum, tandiu hereditatem amplecti, quandiu eam non recusaverit, l. 9. C. de jur. del. neque enim tempus ullum adeundæ hereditati legibus præstitutum est; & si aliquo tempore, solum longissimo, id est, præscriptione 30. annorum, jus heredis excluditur, DD. comm. per l. 3. C. de præscript. 30. ann. Cæterum si sint qui urgeant, hic prædictum remedium heredi necessarium est, nisi paratus sit statim aut hereditatem suscipere, aut possessionem bonorum pati, aut aliorum successionem, l. 23. §. 2. de hered. instit. l. 69. de acq. her. Hæc enim tunc ei optio datur, ut aut statim respondeat, heres necne esse velit, aut tempus ad deliberandum petat, l. 9. C. de jur. delib.

3. Tempus hoc olim positum erat in potestate jus dicentis, qui pro arbitrio suo deliberationem petenti, diem præstituebat, l. 1. in fin. de jur. delib. non utique ut ex libidine sua id faceret, sed ut pro prudentia sua statueret tempus moderatum, d. l. 9. C. eod. quantum scilicet sufficere videretur ad cognoscendas facultates defuncti: nec pauciores daret, quam centum dies, l. 2. eod. tit. Justinianus summum tempus, si

(2) L. 2. d. tit. 6. P. 6.

a Principe deliberatio petatur, annum esse voluit; si a Judicibus, novem menses, l. ult. §. 13. C. eod. (1). Impetrato tempore ad deliberandum, licet heredi interea explorare vires patrimonii defuncti: petere ut rationum defuncti, & instrumentorum hereditarium inspiciendorum sibi copia fiat, ut instruere se possit, atque apud se constituere, expediat necne agnoscere hereditatem, l. 5. eod. l. 28. de acquir. her. (2). Quod si intra diem præstitutum hereditatem non agnoverit, respectu substituti aut heredis legitimi hereditas pro repudiata habetur, l. 69. de acquir. hered. creditoribus autem obligatur perinde ac si adiisset, d. l. ult. §. pen. C. de jur. del. nimirum prout utile ei est, ad cujus instantiam tempus est præfixum, ita silentium deliberantis pro aditione, aut repudiatione haberi debuit. A Justiniano hoc etiam heredibus tributum, ut intra annum, ex quo hereditatem sibi delatam esse cognoverint, decedentes, cum ipsi eam nec adiissent, nec repudiassent, jus deliberandi aut adeundi intra tempus, quod ex eo anno reliquum est, in quosvis heredes transmittant, l. 19. C. d. tit. (3).

4. Postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit] Tempus deliberandi ab heredem prius petendum est, quam hereditatem adeat, aut se immisceat. Regula enim juris est, neminem posse hereditatem semel

sibi quæsitam, sive per aditionem sive per immixtionem, relinquere aut repudiare, l. 4. C. de repud. hered. l. 10. C. de jur. delib. (4).

5. Gordianus postea militibus] De jure quod Gordianus militibus concessisse dicitur, sic scribit Justinianus l. ult. C. de jur. delib. Sed veterem constitutionem non ignoramus, quam D. Gordianus ad Platonem scripsit de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierunt, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur. Et hoc jus constitutionemque Gordiani postea §. ult. ejusd. l. confirmat, hoc addito, propterea a se introductum, ut etsi milites inventarium non fecerint, non ampliore tamen summa teneantur, quam in hereditate invenerint.

6. Sed nostra beneficentia commune omnibus hoc beneficium] Justinianus beneficium quod Gordianus militibus concesserat, commune fecit omnibus qui eo uti vellent. Est autem illud, quod vulgo appellatur beneficium inventarii; propterea quod confecto solemni rerum hereditarium inventario heres hoc beneficium consequitur. Summa juris a Justiniano constituti, quod extat in l. ult. C. de jur. delib. & nov. 1. cap. 2. (5), hæc est: ut heres intra 30. dies, ex quo sibi delatam esse hereditatem sciet, inventarium rerum omnium hereditarium inchoet,

(1) L. 2. tit. 6. P. 6.

(2) L. 1. eod. vers. Otrōsi.

(3) D. l. 2. vers. E porventura.

(4) D. l. 1. tit. 6. vers. E este, l. 18. eod. vers. E otrōsi.

(5) L. 5. d. tit. 6. P. 6.

præsentibus Tabulariis (Accursius in hoc *verbum* ait: *Pluralis pro singulari*) cæterisque, qui ad huiusmodi confectionem necessarii sunt, puta creditoribus, legataris, eorumve procuratoribus; & si aliqui ex his abfuerint, adhibitis testibus non minus tribus: atque intra alios 60. dies perficiat, & subscribat, aut si subscribere nequeat a speciali Tabulario ad hoc solum adhibendo testibus præsentibus subscribendum curet: unde intra tres menses a laudato initio numerandos consummandum est. Si autem a locis, in quibus res hereditariæ, vel maxima earum pars posita est, heredes abesse contigerit, tunc eis unius anni spatium conceditur, a morte testatoris numerandum, ad inventarii consummationem.

7 Inventario ita legitime confecto, consequitur beneficio Justiniani, ut ne ultra vires hereditarias teneantur (1), neve actiones, quas ipse contra defunctum habuit, additione confundantur: sed ut possit non minus quod sibi debebatur retinere, quam editores extranei suum exigere: quorum neutrum heredi tribuebatur jure veteri, l. 8. de adq. her. l. 75. de solut. Confectum ab herede fiduciario inventarium recte heredi fideicommissario cedi; cessumque ei prodesse: aut si heres non fecerit, ipsum sibi fideicommissarium recte facere, docet Bart. in l. 11. §. 5. num. 9. & 10. ad leg. Falcid.

8 Nisi ommissa observatione nostra constitutionis] Etsi Justinia-

no visum est post introductum a se beneficium inventarii, antiquum jus deliberandi penitus esse supervacuum; tamen ut ipse testatur, motus plerorumque supplicationibus veteri remedio adhuc uti cupientium, jus illud liberum reliquit; d. l. ult. §. 13. C. de jur. del. Et vero cur relinqueret, magna causa fuit. Habet enim confectio inventarii hoc incommodum, quod necesse est detegi defuncti facultates; quod plerique omnes, si liceat, minime volunt. Deliberationem autem ita admisit, ut eam perentibus, & intra præfinitum tempus hereditatem aduentibus, hæc duo onera imponeret, tanquam pœnam contempti beneficii sui: primum, ut creditoribus in solidum tenerentur, quamvis inventarium cum omni subtilitate, ut ipse loquitur, fecerint: alterum, ut si non fecerint inventarium, etiam beneficio Falcidiæ privarentur, d. l. ult. §. pen. Novissime hoc insuper cavuit, ut heres inventarium non conficiens solida legata præstet, etsi vires patrimonii excedant, novell. 1. cap. 2. (2). Plura ad inventarium pertinentia qui nosse desideret, adeat Grass. lib. 2. artic. inventarium, per totum, Ayora de partition. part. 1 a cap. 2.

9, IN HISPANIA, qui ex liberis defuncti fuerit, hereditatem sibi delatam ad heredes suos, transmittet, etiamsi post elapsum deliberandi tempus, quod obtinuerat, decesserit: non

si ex eis non fuerit, sed extraneus, l. 2. tit. 6. P. 6. Et antequam, qui ad consummationem inventarii conceditur, secundum ea, quæ modo tradidimus, non a morte testatoris, sed a tribus, relatis mensibus numeratur, l. 5. eod.

TEXTUS.

De acquirenda vel omittenda hereditate.

6. Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiende hereditatis, heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel prælia colendo locandove, & quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo de adquirenda hereditate (1): dum nolo sciat, eum, in cuius locis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse, & se ei heredem esse. Pro herede enim gerere est pro domino gerere. Veteres enim, heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit: ita contraria destinatione statim ab hereditate repellitur (2). Eum, qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere, & acquirere sibi hereditatem: si tamen intelligit quod agit.

I Hic §. ad suos heredes non pertinet, sed ad extraneos duntaxat. Explicantur enim hic rationes proximæ, seu modi, quibus hereditas acquiritur, aut ejus acquirendæ jus amittitur, quorum neutrum in suis heredibus locum habet: quippe cum in hos dominium rerum paternarum, quod jam ante habebant, morte patris continetur, dici non possunt aut acquirere hereditatem, aut jure acquirendi excidere. Sane postquam Prætor his abstinendi facultatem dedit, desierunt quidem jure honorario esse necessarii, sui tamen heredes patri esse non desierunt, & ipso momento mortis paternæ heredes apparere, ut superius demonstravimus, & arguunt nomina, quibus in proposito Prætor, & Prudentes utuntur. Sui enim non dicuntur, adire, cernere hereditatem, aut pro herede gerere, hereditatemve repudiare; quæ iis soli conveniunt, quibus res sive hereditas tantum oblata est; sed hereditatem retinere, immiscere se, aut abstinere, derelinquere, quæ non dicuntur nisi de rebus patris & jam nostris, l. 11. l. 57. l. 87 de adq. her. & passim eod. tit. Nam cum hæc, quod raro fit, nostri confundunt, ut in l. ult. de success. edit. l. 4. §. 1. de fideic. lib. aliisque minus accurate loquuntur. Non plures autem modi, quibus extraneis acquiritur hereditas, hic proponuntur.

Tom. I.
(1) L. 11. eod.

Rrr
(2) L. 18. eod.

(1) D. l. 5. l. 7. eod. vers. E
otra.

(2) L. 10. d. tit. 6. P. 6.



tur, quam duo, aditio, & pro herede gestio sive geritio: sic enim appellatur a Jurisconsulto in l. 14. §. 8. de relig. Cretio enim nihil aliud fuit, quam solemnis aditio: de qua Ulp. in fragm. tit. 22. §. cernere 28. & seqq. & Brison. lib. 7. de formul.

2 Aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate] Omnis hereditas, sive testamento delata sive ab intestato, heredi extraneo acquiritur sola voluntate & animo, uti quisque hanc voluntatem de suscipienda hereditate declaraverit. Declaratur autem hæc voluntas vel verbis, vel re aliqua & facto: quorum prius qui facit, adire; qui posterius, pro herede gerere in usu juris dicitur. Unde duo genera acquirendæ hereditatis, aditio, & pro herede gestio, l. 25. §. 7. l. 69. de adq. her. l. 19. C. de jur. del. Quibus in locis observare licet, genera hæc sic appellationibus distingui, ut neque qui adit dicitur pro herede gerere, neque qui pro herede gerit dicatur adire, quemadmodum etiam hoc loco ut diversa aperte distinguuntur, pro herede gerere, & nuda voluntate hereditatem suscipere.

3 Equidem fateor, nihil obstare verborum significationem, quominus qui pro herede gerit dicatur adire, & qui adit pro herede se gerere: ut hæc etiam postea confundere videtur Justinianus, & Jurisconsultus in l. 12. de interr. in jur. Sed distinctionis causa usus veterum hæc ita trivit, ut in diverso genere ponerentur: & adire diceretur, qui

nuda testatione heredem se profiteretur; pro herede gerere, qui facto aliquo eandem voluntatem declararet. Neque hoc negat Ulp. l. 20. de adq. her. cum ait pro herede gerere non tam facti esse, quam animi. Hoc enim solum significat, ut quis pro herede gessisse videatur, in eo non tam quid factum sit, quam quo animo factum sit, spectandum esse, ut locus ipse ostendit. Magis Paulus id negare videri potest l. 88. de adq. her. ubi definit, eum pro herede gerere, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium. Sed apparet Jurisconsultum verbum attingendi strictius eo loco usurpare, negareque eum attingere, qui retinet domum pignori obligatam, ut hereditariam: quem tamen revera attingere constat: non quidem rem, quæ vere hereditaria sit, sed quam ipse hereditatam putabat; eoque tanquam facto aliquo, non nudis verbis, voluntatem declarari.

4 Si rebus hereditariis tanquam heres utatur] Potest quis attingere res hereditarias, ut tamen id non faciat quasi heres, d. l. 20. in pr. & §. 1. de adq. her. Quibus igitur ex rebus in eo, quod ab herede geritur, animus pro herede gerendi deprehenditur? Ex multis sane. Finge, heredem quid fecisse, quod cum nomen & jus heredis facere non potuit, veluti si conditionis implendæ causa quid acceperit ex iudicio testatoris, d. l. 20. §. 4. aut gessisse aliquid, quod non nisi heres utiliter & cum eff-

gerere potuit, puta servos hereditarios manumisisse, l. 42. §. 2. eod. tit. eum, qui hæc facit, perspicuum est quasi heredem facere, eoque & pro herede gerere videri. Quid si rebus hereditariis usus sit, ædes inhabitaverit, agros coluerit aut locaverit, servis cibaria præbuerit, pecora, jumenta paverit, æs alienum solverit, res quasdam hereditarias distraxerit? Creditur, suo potius nomine, quam alieno hæc fecisse, & in his omnibus gessisse pro herede (1), nisi contra doceat, se nihil horum quasi heredem fecisse; sed vel ut custodiret, aut quia sua putavit, aut quia quid fecit, dum deliberaret, ut res salvæ essent; ideoque in hujusmodi factis consultum est, initio heredem testari, se quod facturus est, non facturum ut heres esse velit, d. l. 20. §. 1. Plane si defunctum funeravit, ex eo solo non videbitur pro herede gessisse: quia id officium humanitatis jure cuius præstari potest. Majoris tamen cautionis est, si hic quoque protestetur, l. 14. §. 8. de relig. (2).

5 Dummodo sciat, testatum intestatumve obiisse, & se ei heredem esse] Duo requirit Imp. ut quis adeundo, aut pro herede gerendo heres fiat: unum est, ut sciat, defunctum aut testatum aut intestatum decessisse (3). Et prius igitur est, ut certus sit, eum decessisse: neque enim viventis ulla est hereditas, l. 19. l. 32. de adq. her. Deinde eum decessisse testatum,

vel intestatum. Alterum est, ut sciat, se heredem esse, id est, hereditatem aut testamento aut ab intestato sibi delatam & proinde etiam certus esse debet de conditione testatoris, an testamenti factionem habuerit, d. l. 32. §. ult. (4). Adhæc, etsi sciat, se heredem institutum, sed utrum pure, an sub conditione, ignoret, non poterit adire hereditatem, d. l. 32. §. 1.

6 Contraria destinatione statim ab hereditate repellitur] Eadem autem omnia in repudiatione requiruntur, quæ in hereditatem admittente, ut voluntatem declararet aut aperte verbis, puta ut dicat se heredem esse nolle, scriptove aut nutu id testetur, l. 95. de adq. her. aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur (5): cujusmodi est, si heres institutus idemque legitimus de testamentaria hereditate nihil aperte statuens, legitimam aut adierit, aut repudiaverit: creditur enim, qui hoc fecit, eodem momento testamentariam repudiasse, l. 17. §. 1. l. 77. eod. tit. (6). Et ut ea sciat, quæ vers. præced. recensuimus.

7 Qui surdus vel mutus natus, vel postea factus] Hæc clara sunt. Quod si hereditas delata sit ei, cujus nulla voluntas est, qualis est furiosus, curatori tradetur hereditas administranda ea lege, ut si furiosus postea ad se redierit, ipse de ea suscipienda aut omittenda statuat: & omissa ad eos revertetur, ad quos remo-

Rrr 2

to

- (1) L. 14. tit. 6. P. 6.
 (2) D. l. 11. tit. 6. P. 6.
 (3) L. 14. d. tit. 6. P. 6.

- (4) D. l. 14.
 (5) L. 18. eod.
 (6) L. 19. tit. 6. P. 6.

to furioso perventura fuisset, uti etiam si in furore decesserit, *l. ult. §. 3. & seqq. C. de cur. fur.* Quid si impubes sit, cui delata hereditas? Quod huius iudicio deest, supplebit tutoris auctoritas, *l. 49. de adq. her. l. 9. §. 3. de auct. tut. l. §. C. de jur. del. (1)*. In infante novum jus a Theodosio constitutum est, ut ipse tutor nomine infantis hereditatem adire possit, *l. 18. C. d. tit. (2)*. Quod si impubes in potestate sit, hic auctore patre recte adibit, *l. 8. §. ult. de adq. hered. (3)*. Neque obstat quod impubes, qui in potestate parentis est, ne auctore quidem

patre obligatur, §. 9. *infr. de in-ut. stip. l. ult. §. 2. de verb. oblig.* quia in proposito non obligatur ipse impubes, sed pater, cui hereditatem acquirit. Cæterum in adventitia hereditate dicendum est, ab illa regula recessum esse juniorum Principum constitutionibus, *d. l. 18. §. ult. C. de jur. del. l. ult. §. 6. C. de bon. quæ lib. Donell. ad d. l. ult. §. 2. num. 7. de verb. obligat.*

8, IN HISPANIA, ut tutor infantis hereditatem huic delatam, adire potest, ita & curator furiosi, *d. l. 13. tit. 6. Part. 6. vers. Mas.*

FINIS TOMI I.

(1) *L. 13. d. tit. 6. Part. 6. vers. Mas.*

vers. E otrosí.

(2) *D. l. 13. tit. 6. Part. 6. menor.*

(3) *D. l. 13. vers. E s'el*



